# إعمال العرف
# في الأحكام والفتاوى
# في المذهب المالكي

هذا الكتاب مُحَكَّمٌ علمياً

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى
١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩ م

ISBN 978 - 9948 - 8592 - 0 - 8

التدقيق اللغوي
شروق محمد سلمان

الإخراج الفني
حسن عبد القادر العزاني

دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري بدبي
إدارة البحوث

هاتف: ٦٠٨٧٧٧٧ ٤ ٩٧١+ فاكس: ٦٠٨٧٥٥٥ ٤ ٩٧١+
الإمارات العربية المتحدة ص. ب: ٣١٣٥ - دبي
mail@iacad.gov.ae www.iacad.gov.ae

حكومة دبي
GOVERNMENT OF DUBAI

دائـــرة الشــــؤون الإســـلامية والعمـــل الخيـــري
Islamic Affairs & Charitable Activities Department

# إعمال العرف في الأحكام والفتاوى

# في المذهب المالكي

تأليف
الشيخ محمد عبد اللّه ابن التمين
باحث بإدارة البحوث

بسم الله الرحمن الرحيم

# افتتاحية

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومَنْ تبعهم بإحسان إلى يوم الدين..

وبعـــد: فيسر « **دائرة الشـؤون الإسـلامية والعمل الخيري بدبي - إدارة البحوث** » أن تقدِّم إصدارَها هذا « **إعمال العرف في الأحكام والفتـاوى فـي الفقـه المالكي** » لجمهـور القراء من السـادة الباحثين والمثقفين والمتطلعين إلى المعرفة.

**وهذه الرسـالة تتناول قاعدة العمل بالعرف في المذهب المالكي، متتبعـةً مختلف أوجه إعمال العرف في الأحكام والفتاوى، مسـتخرجةً قواعـد عامـةً تنـدرج تحتهـا نظائـر مـن أبـوابٍ مختلفـة، مـبرزةً عدم اختصـاص مذهب الإمام مالـك رضي الله عنه بالعمـل بالعرف،وإن سعِد منه بزيادة اعتمادٍ وتطبيق.**

**والرسـالة تُـبرز الأهميـة الكبـيرة لمعرفـة العـرف التـي هـي من «معرفـة الواقع»، ولا غنى للقاضي والمفتـي عن تلك المعرفة، والعمل بمقتضاهـا، وإخضاع الأحكام والفتاوى لها، حتى تجيء متماشـيةً مع واقع الناس، مراعيةً لمألوفهم ودائرةً معه.**

وهذا الإنجاز العلمي يجعلنا نقدم عظيم الشكر والدعاء **لأسرة آل مكتوم** حفظها الله تعالى التي تحب العلم وأهله، وتؤازر قضايا الإسلام والعروبة بكل تميز وإقدام، وفي مقدمتها **صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد بن سعيد آل مكتوم**، نائب رئيس الدولة، رئيس مجلس الوزراء، حاكم دبي الذي يشيِّد مجتمع المعرفة، ويرعى البحث العلمي، ويشجع أصحابه وطُلابه .

راجين من العلي القدير أن ينفع بهذا العمل، وأن يرزقنا التوفيق والسداد، وأن يوفق إلى مزيد من العطاء على درب التميز المنشود.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلَّى الله على النَّبي الأمي الخاتم سيّدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

**مدير إدارة البحوث**

**الدكتور سيف بن راشد الجابري**

# المقـــدمة

الحمـد لله الـذي يحكُـم بالحـق قطعـا، ويجـزي كلَّ نفس بما تسعى، وإليه المعاد والرجعى(١)، أحمده حمداً يوافي نعمه، ويكافئ مزيده، وأفضل الصلاة وأزكى السلام على سيد المرسلين وخاتم النبيـين، الرحمة المهـداة، السراج المنير، شـفيع الخلق في عرصات القيامة، سيدنا محمد بن عبد الله، من خاطبه ربه بقوله: ﴿ **خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ** ﴾(٢)، والقائل: «**إنما بُعثت لأتمم**

---

(١) مطلع الخطبة المنبرية الشـهيرة للإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وحـين وصل إلى هنا سـئل عـن: هالك ترك زوجـة وأبوين وابنتين؟ فقـال على الفـور: صار ثُمنها تُسـعا! ذلـك أن الثلاثة التـي هي ثُمن الزوجـة: كانـت ثمنـاً لأربعـة وعشريـن أصـل المسـألة، فلـما عالت وصارت سـبعة وعشرين؛ صارت الثلاثة تُسُـعاً، فلله دَرُّ أبي الحسـن ما أحسـبه، رضي الله عنه!، انظر: شرح منتهى الإرادات: ٢ / ٥٢٣، الدسوقي: ٩/ ٦٤٧، مغني المحتاج: ٣ / ٢٨.

(٢) سـورة الأعـراف: ١٩٩، اسـتدل بهـا المالكيـة وغيرهم عـلى اعتبار العـرف، وانظـر: أحـكام القـرآن لابن العـربي: ٣/ ٦٢، وتفسـير القرطبي: ٧/ ٣٤٤ .

**صالـح الأخـلاق**»، وفي رواية: «**مـكارم الأخـلاق**»[1]، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم، وبعـــد:

فـإن مجتهدي هـذه الأمـة وأئمتها الكبـار بذلوا - بـما أوتوا مـن قرب الرواية وقوة الدراية - أقـصى الجهد، ومنتهى الطاقة، نصحاً للدين، وتقرباً إلى الله، فمهدوا الأصول، وفرعوا الفروع، واسـتنبطوا المسـائل، فقدموا للناس ثروةً فقهيةً جاهـزةً لمن أراد العمـل، أو نزلت به مُلِمَّة، وكفوهم عناء البحث ومشـقة الفهم، فجزاهم الله أحسن الجزاء، وأثابهم صالح المثوبة.

والمذاهـب الأربعـة المعروفـة اليـوم، انطلـق أصحابهـا في اسـتنباط الأحـكام الشرعية من أصـول، هي مصـادر التشريع، ومـدارك الأحكام، منهـا المتفق عليه: كالقرآن والسـنة والإجماع والقيـاس، ومنهـا المختلـف فيـه: كإجمـاع أهـل المدينـة، وقـول

(١) أخرجـه الإمـام أحمد في المسـند (٢ / ٣٨١)، مـن حديث أبي هريرة برقـم: ٨٩٣٩، وأورده في مجمع الزوائد (٩ / ١٥) وقال: ورجاله رجال الصحيح، وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢ / ٦٧٠)، برقم: ٤٢٢١، وقـال: هذا حديث صحيح على شرط مسـلم ولم يخرجاه، ورواه البيهقي في السنن(١٠/ ١٩١) بلفظ مكارم الأخلاق، برقم: ٢٠٥٧١.

الصحابي، والاستصحاب، والمصالح المرسلة، والاستحسان، وشرع من قبلنا، و سد الذرائع، والعرف، وغير ذلك.

وبعض هذه الأصول يُظن أنه خاص بالمذهب المالكي؛ والتحقيق أن كل مذهب آخذ منه بنصيب؛ يقول القرافي: « يُنقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد، والمصلحة المرسلة، وسد الذرائع، وليس كذلك !

أما العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك فيها .

وأما المصلحة المرسلة فغيرنا يصرح بإنكارها، ولكنهم عند التفريع تجدهم يعلِّلون بمطلق المصلحة، ولا يطالبون أنفسهم عند الفوارق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار، بل يعتمدون على مجرد المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة!.

وأمّا الذرائع فقد أجمعت الأمة على أنها على ثلاثة أقسام:

**أحدها**: معتبر إجماعاً، كحفر الآبار في طرق المسلمين، وإلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند مَن يُعلم من حاله أنه يسب الله تعالى حينئذ .

**وثانيها**: ملغى إجماعاً كزراعة العنب، فإنه لا يمنع خشية الخمر، والشركة في سكنى الآدُر[1] خشية الزنا.

**وثالثها**: مختلف فيه كبيوع الآجال؛ اعتبرنا نحن الذريعة، وخالفنا غيرنا»[2].

فهذا النقل على طوله يبين اشتراك المذاهب في هذه الأصول الثلاثة التي يكثر الحديث عن انفراد المذهب المالكي بها.

والعرف الذي هو موضوع هذا البحث لم يخلُ مذهب من التفريع عليه وتحكيمه في المنازعات، وإن كان هناك توسع فيما يبدو لي في المذهب المالكي وزيادة اعتبار، حاولت الكشف عنهما في هذه الورقات.

- **الإضافة التي يقدمها هذا البحث:**

سبقني إلى الكتابة في موضوع العرف - أو في زاوية منه على الصحيح - جماعةٌ من العلماء:

---

(١) الآدر: جمع دار، انظر المحكم والمحيط الأعظم: ٩ / ٤١٧، لسان العرب: ٤ / ٤٤٠.

(٢) الذخيرة: ١ / ١٥٢.

أ- أوَّلهـم فيما اطلعتُ عليه العلامـة المحقق عمدة المتأخرين من الحنفية الفقيه محمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين رحمه الله (ت ١٢٥٢هـ)، في رسـالة: «**نـشر العَرف في بناء بعض الأحكام على العرف**»، وكانت مُنصبَّةً على فروع الفقه الحنفي.

ب- ألَّـف الأسـتاذ الدكتـور أحمـد فهمي أبو سـنة رحمه الله (المتوفى في ٢٠/ ٩/ ٢٠٠٣م) رسالته للأستاذية بعنوان: «**العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظريةٍ في التشريع**»، نوقشت سنة ١٩٤١م، وكانـت متجهة إلى الناحية الأصولية النظرية، وما فيها من تطبيقاتٍ يغلب عليها مذهب المؤلف (المذهب الحنفي).

جـ- هنـاك كتاب: «**العـرف والعمـل في المذهـب المالكي، ومفهومهـا لدى علـماء المغـرب**» للدكتور عمر بن عبـد الكريم الجيـدي، رسـالة دكتـوراه مقدمـة إلى الـدار الحسـنية للحديـث بالمغـرب، طبعـت عـام ١٩٨٦م، وهـي في الجانـب المخصـص للعرف مهتمةٌ بالجانب الأصولي البحت.

د- وكتـاب: «**العـرف: حجيتـه وأثـره في فقـه المعامـلات الماليـة عنـد الحنابلـة**» للشـيخ عـادل بـن عبـد القـادر بـن محمد

ولي قوته، رسالة مقدمة للماجستير، نوقشت بتاريخ: ١٢ / ١ / ١٤١٥هـ، وهو كما ينطق عنوانه دراسة تأصيلية تطبيقية في المذهب الحنبلي.

هذا أهمُّ ما اطلعت عليه مما أُلف في العرف[١]، والكتابان الأخيران يعتمدان على كتاب الشيخ أبي سنة وناقلان عنه[٢].

وهذه الكتب الأربعة غالب اهتمامها - كما رأيتَ - منصبٌّ على البحث الأصولي لمسألة العرف. وما فيها من تطبيقاتٍ أو تتبعٍ لإعمالات العرف في الفروع الفقهية، كان في المذهبين الحنفي والحنبلي.

---

(١) وهناك مؤلفات أخرى في العرف، منها:
١ - أثر العرف في التشريع الإسلامي، أ.د. السيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي بالقاهرة.
٢ - قاعدة «العادة محكمة» للدكتور يعقوب الباحسين، مكتبة الرشد.
٣- أثر العُرف في فهم النصو، للدكتورة رقية طه جابر العلواني. ط دار الفكر.
٤ - العُرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون، للدكتور حسنين محمود حسنين.

(٢) استفدت كثيراً من هذه المصادر، خاصة في الجانب النظري الأصولي.

فبحثـي هذا يهدف إلى سـدِّ فـراغٍ حاصلٍ في تنـاول الجانب التطبيقـي للعـرف، ويقـدم للمكتبة الإسـلامية إضافـة جديدة، تتمثـل في رصد وتتبُّـع الفـروع الفقهية في المذهـب المالكي التي أُعمـل فيها العرف؛ سـواء أعمـل في الرجوع إليـه وجعْله حكَماً في قضيـة ما، أو أُعمل في لفظ نصٍّ؛ بتقييـدٍ أو تخصيصٍ أو بيانٍ، أو أعمـل بتنزيله منزلة لفظٍ في تـصرفٍ، أو منزلة النية، أو أعمل مُقاماً مقام الشرط.

هذه الإعمالات أو الاسـتخدامات المختلفة للعرف حاولت تتبعهـا في كتـب المالكية لأسـتخرج قواعـد عامةً، تنـدرج تحتها نظائـر وأمثلة من أبـواب مختلفة، ولم أعتمد على فهمي الخاص في اسـتخراج تلك النظائـر، بل لم أعتبر دخول الفـرع تحت القاعدة إلا أن أجـد النـص عـلى ذلك من مصـدرٍ موثوقٍ بـه، كأن يقول أحدهـم: العـرف - أو العـادة - مخصص لهذا الحكـم، أو العادة هنـا كالشرط.. الخ، فكل ما ذكرتُ مـن ذلك فمنصوصٌ لأحد المتقدمين، معزوٌّ إليه إن شاء الله.

والبحـث يتنـاول في الأسـاس إعـمال العـرف في القضـاء والفتـوى، ولكن رأيت مـن الواجب علي أن أقدِّم بين يدي ذلك

عرضاً يبين كيفية اعتماد العرف في المذهب المالكي وضوابط ذلك، ومجالاته، وموقف المذاهب الأخرى من العرف.

جعلتُ عنوان البحث إذن: «**إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي**»، وبسطتُ الكلام في مقدمة - هي التي بين يديك - وتوطئة تتناول تعريف العرف وأقسامه وعلاقته بالعادة وما جرى به العمل، وثلاثة مباحث، وخاتمة في آخره لأهم ما يُستخلص من نتائج، وكان منهج البحث وخطته كالتالي:

**المقدمة**: وتحدثت فيها عن أهمية الموضوع وسبب الكتابة فيه، ومنهج البحث وخطته .

**توطئة** تناولت فيها:

أولاً: تعريف العرف لغةً واصطلاحاً .

ثانياً: علاقة العرف بالعادة والعمل.

ثالثاً: أقسام العرف.

**المبحث الأول: اعتماد العرف في أصول المذهب المالكي.**

**الضوابط والمجالات**: يسلِّط الضوء على الجانب الأصولي النظري للعرف، وقسمته مطلبين:

المطلب الأول: اعتماد العرف في أصول المذهب المالكي، وحظ المذاهب الأخرى منه، وفيه:

الفرع الأول: جعل العرف أصلاً من أصول المذهب.

الفرع الثاني: أدلة ذلك.

الفرع الثالث: مواقف المذاهب الأخرى من العرف.

المطلب الثاني: ضوابط اعتماد العرف في المذهب المالكي، ومجالاته، وفيه:

الفرع الأول: ضوابط اعتماد العرف.

الفرع الثاني: مجالات اعتماد العرف.

**المبحث الثاني: إعمال العرف في الأحكام والفتاوى وتأسيسها عليه**: وهذا المبحث والذي بعده يعرضان الجانب الأهم الذي قصدتُ إليه في هذا البحث، وقسَّمت كل مبحث مطلبين:

المطلب الأول: إعمال العرف في الأحكام والفتاوى والقضاء به على ظواهر الألفاظ، وفيه:

الفرع الأول: التخصيص بالعرف.

الفرع الثاني: التقييد بالعرف.

الفرع الثالث: التبيين بالعرف.

المطلب الثاني: تأسيس الأحكام والفتاوى على العرف، والترجيح به وفيه:

الفرع الأول: تأسيس الأحكام والفتاوى على العرف.

الفرع الثاني: الترجيح بالعرف وشهادته في الأحكام والفتاوى.

**المبحث الثالث: إعمال العرف في التصرفات، والردِّ إليه في الأحكام والفتاوى الفقهية.**

المطلب الأول: إعمال العرف في التصرفات وصيغ العقود، ويتناول:

الفرع الأول: إقامة العرف مَقام اللفظ في العقود.

الفرع الثاني: إقامة العرف مقام النية.

الفرع الثالث: إقامة العرف مقام الشرط.

المطلب الثاني: إعمال العرف في الرد إليه والتقدير به في الأحكام والفتاوى، وفيه:

الفرع الأول: الرد إلى العرف والتقدير به في العبادات.

الفرع الثاني: الرد إلى العرف والتقدير به في الأحوال الشخصية.

الفرع الثالث: الرد إلى العرف والتقدير به في المعاملات.

ثم **خاتمةٌ** تتضمن نتائج البحث، وأهم ما توصَّل إليه.

وفي الختام - أسال الله حسنه - أكرر مع أبي العباس المبرِّد (ت ٢٨٦هـ) رحمه الله تعالى قولته المشهورة: «ليس لقدم العهد يَفْضُل الفائل[١]، ولا لِحِدْثانه يهتضم المصيب، ولكن يُعطى كلٌّ ما يستحق»[٢]، ولي أمل بقول الشاعر:

---

(١) بالفاء، وضبطه القرافي وغيره بالقاف وهو غلط، فال رأيه كباع، فهو فائله أي فاسده وضعيفه، انظر: تاج العروس: ١ / ٩٣.

(٢) الكامل في اللغة والأدب: ١ / ٢٨، وفيه ضبط «الفائل» بالقاف، ولكن الصحيح هو ضبطها بالفاء كما ذكر الزبيدي وغيره، انظر: تاج العروس: ١ / ٩٣.

من يفعل الخير لا يعدَم جـوازيَـه

لا يذهب **العرف** بين الله والناس

وأسـأل الله أن يجـزي خـيراً كل مـن أسـهم في هـذا البحث برأي أو ملحوظة، وأن يجزي بالخير كل من علمني من أشـياخي خاصة: شـيخيَّ الشريفين الصالحين: الشيخ علي الرضا بن محمد ناجي، والشيخ بن حمَّ، حفظهما الله وأطال بقاءهما.

وآخـر دعوانـا أن الحمـد لله رب العالمـين، والله المسـتعان وهـو حسـبي ونعـم الوكيل، ولا حـول ولا قوة إلا بـالله العزيز الحكيم[1].

* * *

(١) قـال ابن علان الشـافعي في الفتوحات الربانيـة (١ / ٣٦): «(إلا بالله العزيز الحكيم) هذا هو الوارد في ختم هذه الكلمة في الصحيح، دون ما اشـتهر مـن ختمها بالعلي العظيـم، وإن جاء في روايـة كما يؤذن به بعض نسـخ الحصن الحصـين» والحديث الذي فيـه «العزيز الحكيم» أخرجه الإمام مسـلم في صحيحه عن سـعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، في كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب فضل التهليل والتسبيح والدعاء، برقم: ٢٦٩٦.

# توطـــئة

## أوَّلاً: تعريف العرف:

أتنـاول في هـذه التوطئـة مفردات عنـوان البحـث: «**إعمال العـرف في الأحـكام والفتـاوى في المذهـب المالكـي**» بالـشرح والبيـان، حيـث أتعـرض لمعنـى العـرف في اللغـة والاصطلاح وأقسـامه، وعلاقته بالعادة وما جرى به العمل، ومدى التداخل بين هذه المصطلحات:

- **العرف لغـةً**: قال ابن فارس (ت ٣٩٥هـ): «العين والراء والفـاء أصلان صحيحان، يـدل أحدهما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر يدل على السكون والطمأنينة.

**فالأول**: العُرف: عرف الفرس، وسـمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال: جاءت القطا عُرفاً،عُرفاً: أي بعضها خلف بعض.

**والأصـل الآخر**: المعرفة والعرفان: تقـول عرف فلانٌ فلاناً عِرفانـاً ومعرفـةً، وهذا أمرٌ معروفٌ، وهذا يـدل على ما قلناه من سكونه إليه لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه.

ومن الباب: العَرف، وهي الرائحة الطيبة، وهي القياس لأن النفس تسكن إليها...، والعُرف: المعروف، وسمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه، قال النابغة:

أبى الله إلا عدله ووفاءه

فلا النكر معروف ولا العرف ضائع»[1]

وقال ابن سِيدَه (ت٤٨٥هـ): «والعُرف والمعروف: الجود، وقيل هو اسم ما تبذله وتعطيه.... والمعروف كالعُرف، وقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[2] أي مصاحَباً معروفاً، قال الزجاج: المعروف هنا ما يُستحسن من الأفعال»[3].

وقال ابن مالك(ت٦٧٢هـ): «والعُرف: المعروف والاعتراف، والشَّعر الذي يلي قفا الدابة، وضربٌ من النخل، وشجر الأترج، وكل عالٍ مشرفٍ، والأشياء المتتابعة في المجيء

---

(١) مقاييس اللغة: ٤/ ٢٨١.

(٢) لقمان: ١٥.

(٣) المحكم والمحيط الأعظم: ٢/ ٧٩-٨٠.

والذهـاب، وجمـع أعـرف، وجمـع عرفاء وهـي الضبـع، والناقة الطويلـة السـنام أو التـي لها عـرف، والعرف أيضا جمـع عَروف وهو الصبور»[1].

فالعـرف في اللغـة إذن هـو: **مـا تعارفه الناس وسـكنوا إليه واطمأنت إليه نفوسهم وتتابعوا على فعله.**

وهذه العناصر الثلاثة: **المعرفة وسـكون النفس والتتابع على الفعل**، هي القواسم الدلالية بين مختلف معاني لفظة «**عُرف**».

**- العرف اصطلاحاً:**

نبـدأ في تعريفه مـع المالكية، حيـث عرفه الإمـام المفسر ابن عطيـة رحمـه الله (ت ٥٤١هـ) بأنـه: **كل ما عرفتـه النفوس مما لا تـردُّه الشريعـة**[2]. وقـال ابن عاصـم رحمـه الله (ت ٨٢٩هـ) في مرتقى الوصول:

**العرف ما يُعـرف بين الناسِ ومـثـلــه العـادة دون بـاسِ**

---

(١) إكمال الإعلام بتثليث الكلام: ٢/ ١٩٨.

(٢) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز لابن عطية: ٢/ ٤٩٠.

قال العلامة محمد يحيى الولاتي الشنقيطي (ت ١٣٣٠هـ) شارحاً: «يعني أن العرف اصطلاحا هو (**ما**) أي المعنى الذي ( **يُعرف** ) أي يُعهد ويجري ( **بين الناس** ) استعماله....»[١].

وقد عرفه الجرجاني (ت ٨١٦هـ) بأنه: «**ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع بالقبول**»[٢].

فقول ابن عاصم بأن العرف: المعنى الذي يُعهد ويُعرف بين الناس استعماله: يشمل العرف القولي والفعلي، أي كل قولٍ أو فعلٍ جرى وعُهد بين الناس تعاطيه، فهو عرفٌ حسب هذا التعريف، دون تبيين لما هو مقبولٌ منه وما هو مردود، لكن ما ذكر ابن عطية من أنه: كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة، يخص العرف المقبول شرعاً، فتعريف ابن عطية مخصص لما قال ابن عاصم.

أما تعريف الجرجاني فهو أشمل مما سبق، ويتبين فيه للمتأمل ما يلي:

---

(١) نيل السول على مرتقى الوصول: ١٩٨.

(٢) التعريفات: ٨٠.

ـ قوله «**ما استقر**»: لفظ (ما) يعم الفعل والقول فهو يجري في الأقوال والأفعال التعاملية والخلقية.

ولفظ «**استقر في النفوس**» يخرج ما حصل نادراً ولم يكن عادة.

ـ وقوله «**بشهادة العقول**»: يخرج ما استقر في النفوس من جهة الشهوات كتعاطي المسكرات، وما استقر في النفوس بسبب خاص كفساد الألسنة، أو ما استقر باقتران بعض الأشياء المكروهة أو المحبوبة بحدوث أمور معينة من باب الطيرة والتفاؤل.

ـ وقوله «**تلقته الطباع بالقبول**»: يخرج ما أنكرته الطباع أو بعضها فإنه لا يكون عرفاً[1].

وهذا التعريف رغم شموله فإنه يؤخذ عليه:

- أنه جعل قبول الطباع معياراً لقبول العرف، دون تحديد صفة ذلك القبول، ولا شروطه وضوابطه، وهناك من قيد الطباع بالسليمة فقد أورد ابن عابدين في رسالته في العرف: «العادة

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء أ.د. أحمد فهمي أبو سنة: ١٠، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة للشيخ عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته: ١ / ٩٤-٩٥، العرف والعمل في المذهب المالكي للدكتور عمر عبد الكريم الجيدي: ٣٢.

والعرف: ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول»[1]، ولكنَّ هذا القيد أيضاً لا يخُرج من الإشكال، فمن أين تُعرف سلامة الطباع، وحُسنها من قبحها؟ ليس هناك إلا جهتان: العقل أو الشرع؛ أما العقل فالناس متفاوتون فيه، وتؤدي الإحالة إليه إلى تفاوت الأعراف فلا يستقر عرف مشترك، فلم يبق إلا الشرع، وهو لا يقبل إلا الأعراف الصالحة، أما الفاسدة فمردودة شرعا، فيكون هذا التعريف قاصراً على العرف المقبول شرعا، غير شامل كما أريد له.

ومع مفهوم العرف يتقاطع مفهوما: «**العادة**» و«**العمل**»، فما هي العادة وما هو العمل، وما علاقتهما بالعرف؟ بيان ذلك والإجابة عليه في الفقرة التالية:

---

(١) نشر العَرف في بناء بعض الأحكام على العرف: (٢/ ١١٢) وهذا التعريف لحافظ الدين النسفي، ذكره في كتابه: المستصفى في فروع الحنفية، ونقله ابن عابدين بواسطة الأشباه للبيري، وقد وهم بعض العلماء فنسبوه لمستصفى الغزالي لتشابه الأسماء، منهم الشيخ أبو زهرة في كتابه: مالك:ص ٣٣٥، هامش: ٢، والأستاذ الزرقاء في المدخل: ٢/ ٨٧٢، هامش: ٢، ود. الخياط في نظرية العرف: ص ٢٣، انظر: العرف، حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة:١/ ٩٤.

**ثانياً- علاقة العرف بالعادة والعمل:**

**- تعريف العادة لغة:**

عـرَّف الراغـب الأصبهاني (ت ٤٢٠هـ) العـادة في مفرداته بأنهـا: «**اسـم لتكريـر الفعـل والانفعـال حتى يصير ذلك سـهلا تعاطيه كالطبع، ولذلك قيل العادة طبيعة ثانية**»[١].

وعرفها ابن منظور (ت ٧١١هـ) «**بالديدن يعاد إليه، سميت بذلـك مـن العود أي الرجـوع، لأن صاحبها يعاودهـا أي يرجع إليها مرة بعد أخرى**»[٢].

**- تعريف العادة اصطلاحاً:**

قـال القـرافي: «**والعـادة غلبة معنى مـن المعاني عـلى الناس، وقـد تكون هذه الغلبة في سـائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والنفس في الهـواء، وقـد تكـون خاصـة ببعض الفـرق كالأذان للإسـلام والناقوس للنصارى**»[٣].

---

(١) المفردات: ٣٧٠.

(٢) لسان العرب: ٣/ ٣١٦.

(٣) تنقيـح الفصـول في اختصـار المحصـول في الأصـول: ٤٤٨، وانظـر التبـصرة: ٢/ ٥٧، بهامش فتاوى عليش، وقد عرفها ابن أمير الحاج، بأنها: «الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية» انظر التحرير: ٢/ ٧٦٩.

وقال الولاتي في شرح قول ابن عاصم السابق «ومثله العادة دون باس»: ومثله -أي العرف _ لغةً واصطلاحاً (ما عُهد وجرى بين الناس) العادة دون بأس في جعلها مثله[1].

وهـذا التعريف يجعـل العرف والعـادة مترادفـين، وكذلك يرى ابن عابدين إذ يقول: «... فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق (مـا يصدقان عليه) وإن اختلفا في المفهوم». وقد مرَّ معنا قريبا جمعه لهما معاً في التعريف[2].

ورأى آخـرون أن العلاقـة بينهما: علاقـة عموم وخصوص مطلـق: لأن العـادة تشـمل العـادة الناشـئة عـن عامـل طبيعي، والعـادة الفردية، وعادة الجمهور التي هـي العرف، فالعادة أعم مطلقاً والعرف أخص، وقيل العكس[3].

- أمـا مفهوم «**العمل**» فهو قريب مـن العرف، بل يختلط به أحيانـاً، وهـو عريق في المذهـب منذ أيامـه الأولى وظهور «عمل

---

(١) نيل السول على مرتقى الوصول: ١٩٨.

(٢) نشر العرف: ٢/ ١١٢.

(٣) انظـر: العـرف والعادة في رأي الفقهاء:١٥، العرف: حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة: ١ / ١١٧.

أهل المدينة» كأصل من أصول المذهب[١].

قال الشريف المهدي الوزاني (ت ١٣٤٢ هـ): «... والعمل هو حكم القضاة بالقول لتواطئهم عليه، وليس كل ما حكَم به قاضٍ جرى به العمل؛ بل لا يثبت العمل بحكم قاضٍ أو قاضيين حتى يقع الاتفاق عليه من الأئمة المعتبرين»[٢].

وبيَّن رحمه الله الفرق بين العرف والعمل قائلاً: «قال الشيخ طَفي (مصطفى الرماصي): مراد الأئمة بقولهم: «هذا القول جرى به العمل»، أنه حكمت به الأئمة وجرى حكمهم به، وجريان العرف بالشيء هو عمل العامة من غير استناد لحكم من قول أو فعل، ... فتحصَّل أن العرف هو فعل العامة والعمل هو حكم القضاة»[٣].

---

(١) انظر للتوسع في مسألة عمل أهل المدينة:
١- عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك وآراء الأصوليين، أ.د. أحمد محمد نور سيف.
٢- المسائل التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة، د. محمد المدني أبو ساق. والكتابان من نشر دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي.

(٢) تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس: ٤٣.

(٣) المصدر السابق: ٤٣.

و «العمل» بهذا المفهوم قريب من الاستحسان كما عرفه ابن العـربي حين يقول: «... فمنـه ترك الدليـل للمصلحة ومنه ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة وإيثار التوسعة على الخلق»(١)، أو هو صورة من تطبيقاته.

فـما جـرى بـه العمـل بهـذا الاعتبـار هـو العـرف القضائي والإفتائي في زمنٍ ما، أو بلدٍ ما.

وقـد عُرفـت هذه المرحلة مـن مراحل تطور الفقـه التي كثر فيهـا الأخـذ بما جرى بـه العمل، بمرحلـة «**قاصمـة العلم**» عند

(١) المحصـول: ١/ ١٣١، وقـد ذكـر النابغـة الغـلاوي شروط الأخذ بما جرى به العمل في منظومته بوطليحية: ١٢٣-١٢٤، قائلاً:

شروط تقديم الذي جرى العملْ ... بـه أمـــورٌ خمسـةٌ غـيرُ هَـمـلْ
أولها ثـبـوتُ إجـراء الـعـمـلْ ... بذلك الـقـول بـنـصٍ يحتمـلْ
والـثـانِ والثـالـثُ يـلـزمـانِ ... مـعـرفـةُ الـمـكـانِ والـزمـانِ
وهـل جـرى تعميماً أو تخصيصا ... ببلـدٍ أو زمـنٍ تـنـصيـصا
وقـد يخُصُّ عـمـلٌ بالأمـكـنـهْ ... وقـد يـعـمُّ وكـذا في الأزمـنـهْ
رابعُها كونُ الذي أجرى العملْ ... أهـلاً للاقـتـداء قـولاً وعملْ
فحيـث لم تـثبـُتْ لـه الأهـليـهْ ... تـقـليـده يُمنع في النقـليـهْ
خـامسُها مـعـرفـةُ الأسـبـابِ ... فـإنها مـعـيـنـةٌ فـي الـبـابِ

ابـن العربي حيـث يقول: «....ثـم حدثت حـوادث لم يلقوها في نصوص المالكيـة، فنظروا فيها بغير علـم، فتاهوا وجعل الخلف منهم يتبع في ذلك السـلف، حتـى آلت الحال أن لا ينظر إلى قول مالك وكبراء أصحابه، ويقال: قد قال في هذه المسالة أهل قرطبة وأهل طلمنكـة وأهل طلبيرة، وأهل طليطلة، فانتقلوا من المدينة وفقهائها إلى طلبيرة وطريقها»[1].

وهي المرحلة التي سماها الحجوي: «**مرحلة هرم الفقه**»[2].

سـآخذ في هـذا البحـث بـترادف العـرف والعادة كـما ورد عـن المالكيـة في التعريفات السـابقة،ولأني لم أجد فرقـاً بينهما في الإطلاق، فهم يطلقون العادة و العرف على نفس المسمى.

والعرف ينقسـم حسب المُنْشـئ، والمتعلَّق، وموافقة الشرع، أقساماً سأبينها فيما يلي:

---

(١) القواصم والعواصم: ٣٦٦-٣٦٧.

(٢) الفكر السامي: ٤/ ٢٢٦، وقد أفرد ما جرى به العمل علماء بالتأليف، كالشـيخ عبـد الرحمن الفـاسي، في منظومته في «ما جـرى به العمل في فاس»، وأبي القاسـم السـجلماسي في «العمل المطلـق». انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي: ٣٤٨- ٣٤٩.

## ثالثاً: أقسام العرف:

باعتبار المُنشئ للعرف والمكرِّس له، ينقسم العرف إلى عرف عـام، وعرف خـاص، **فالعام**: هو الأمر المتعـارف عليه بين جميع الناس، وعرفه ابن فرحون بأنه: «غلبة معنى من المعاني على جميع البـلاد»[١] وقـال ابن عابدين: «هـو ما تعارفه عامـة أهل البلاد، سـواءً كان قديـماً أو حديثـاً»[٢] ويدخـل فيـه كثير مـن الأعراف الجاريـة بين الناس اليوم كبيع المعاطاة، وتأجيل جانب من المهر، وتعارُف الناس اسم الطلاق في إزالة العصمة[٣].

**والعرف الخاص**: هو ما تعارفه أهل بلد أو حرفة أو دين، قال القـرافي: «وقـد تكـون (أي غلبـة العادة)خاصـة ببعـض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى»[٤].

وأمـا انقسـامه باعتبـار المتعلَّـق - الموضـوع - فـإلى قـولي وعملي:

---

(١) التبصرة: ٢/ ٥٧.

(٢) نشر العرف: ٢/ ١٢٣.

(٣) العرف والعمل في المذهب المالكي: ٩٨-٩٩.

(٤) تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: ٤٤٨.

**فالعـرف القـولي**: «أن تكون عـادة أهل العرف يسـتعملون اللفظ في معنى معين، ولم يكن ذلك لغة، وذلك قسمان:

أحدهمـا في المفـردات، نحو الدابة للحـمار، والغائط للنجو، والراوية للمزادة ونحو ذلك[١].

وثانيهـما في المركَّبـات وهـو أدقها عـلى الفهـم، وضابطه أن يكون شـأن الوضع العرفي تركيب لفظ مع لفظ يشتهر في العرف تركيبه مع غيره»[٢] ومثَّل لهذا النوع الأخير بالأحكام المضافة إلى الأعيان نحو قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ ﴾ فإن المعنى الحقيقـي تعلق الحكم بالعين وقد حملها العرف على الفعل المقصود من تلك العين وهو هنا الاستمتاع[٣].

وأمـا **العـرف العملي**: «فمعنـاه أن يوضع اللفـظ لمعنىً يكثر اسـتعمال أهـل العـرف لبعـض أنـواع ذلـك المسـمى دون بقيـة

---

(١) انظر: الفروق للقرافي: ١ / ٣٧٧، وعرفه في كتابه إحكام الأحكام في تمييـز الفتاوى عن الأحكام (ص٢٢٠) بقولـه: «...أن يغلب إطلاق لفظ واسـتعماله في معنـى حتى يصير هو المتبادر مـن ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه....وهو الحقيقة العرفية»

(٢) الفروق: ١/ ٣٧٧.

(٣) تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول: ٤٤٨.

أنواعـه، مثالـه: أنَّ لفـظ الثـوب صادقٌ لغـة على ثيـاب الكتان، والقطن، والحرير، والوبر، والشـعر، وأهل العرف إنما تسـتعمل من الثياب الثلاثة الأول دون الأخيرين»[1] ومثاله في المعاملات: بيع المعاطاة، فهو بيع صامت لا إيجاب فيه ولا قبول، وإنما جرى العـرف بأن يأخذ المشـتري السـلعة من البائع ويدفـع إليه النقود بدون إيجاب ولا قبول ولا كلام[2].

و أمـا باعتبـار موافقـة العـرف للـشرع، فينقسـم إلى موافق معتـبر، ومخالف ملغى غـير معتبر، كقول المشركـين في الجاهلية: ﴿إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّهْتَدُونَ﴾[3]، وككثـير من الأعراف السائدة اليوم.

وبعـض هذه الأنـواع قد تجتمـع في عرف واحـد، فالمعاطاة – مثلاً – توصف بأنها: عرف عملي عام صحيح[4].

---

(١) الفروق: ١/ ٣٨١.

(٢) أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات: ٥٨٠.

(٣) الزخرف: ٢٢، وانظر: أمالي الدلالات: ٥٧٩.

(٤) حجية العرف وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة: ١ / ٢٥١. وقد سـلك الإمام الشـاطبي مسـلكاً خاصاً في تقسـيم العوائـد، انظره في الموافقات: ٢ / ٢٨٤.

وكلمتا «**الأحكام و الفتاوى**» الواردتان في العنوان، بيانهما: أنَّ الفتاوى جمع فتوى «يقال أفتاه في المسألة يفتيه إذا أجابه»[1]، واصطلاحاً: إخبارٌ بالحكم الشرعي من غير إلزام[2]، وأما الأحكام فجمع حكم بالضم وهو لغة: القضاء[3]، واصطلاحاً: إنشاء حكم شرعي على سبيل الإلزام[4].

وأما كلمة «**إعمال**» فتعني تأثير العرف في الأحكام الشرعية، سواء كانت منقولة عن القدماء أو صادرة عن القضاة، وأثره في الفتاوى.

فالحكم هنا يُستعمل استعمالين: يُقصد به الحكم المنصوص المنقول عن المتقدمين، ويقصد به كذلك حكم القاضي في واقعة معينة.

وأردت بعبارة: «**في المذهب المالكي**» تحديد الإطار المذهبي للبحث، تضييقاً للمجال، وضبطاً للمعالجة.

---

(١) لسان العرب: ١٥ / ١٤٧، مقاييس اللغة: ٤ / ٤٧٤.

(٢) الفروق للقرافي: ٤ / ١٠٠.

(٣) القاموس المحيط: مادة: حكم.

(٤) فروق القرافي: ٤ / ١٠٠.

وبناء على ما تقدم فالمراد بالعنوان: «**إعمال العرف في الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي**» هو رصد إعمالات العرف المختلفة في أحكام القضاة، ونصوص الفقهاء، وفي فتاوى علماء المذهب، وتتبع ذلك لاستخراج كليات عامةٍ، تضم جزئياتٍ من مختلف أبواب الفقه، تبين مكانة العرف في المذهب المالكي، وحدود الاستفادة منه.

* * *

# المبحث الأول

## اعتماد العرف في أصول المذهب المالكي

## الضوابط والمجالات.

المطلب الأول: اعتماد العرف في أصول المذهب المالكي، وحظ المذاهب الأخرى منه.

المطلب الثاني: ضوابط اعتماد العرف في المذهب المالكي، ومجالاته.

# المطلب الأول

## اعتمادُ العرف في أصول المذهب المالكي، وحظ المذاهب الأخرى منه.

الفرع الأول: جعل العرف أصلاً من أصول المذهب.

الفرع الثاني: أدلة ذلك.

الفرع الثالث: مواقف المذاهب الأخرى من العرف.

# تمهيد

لما كان العرف هو مجموع التصرفات والأخلاق المتراكمة من طول التداول بين الناس، كان له سلطان كبيرٌ وللنفوس به تعلقٌ وتشبثٌ، حتى يجعله ذلك في بعض الأحيان عائقاً دون اتباع الأمم لأنبيائها، فكلما جاءهم رسول يعرِّفهم بربهم ويدعوهم إليه، قالوا: ﴿إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّهْتَدُونَ﴾[1]، فهذه عادة السابقين: الجمود على العادات، ﴿وَكَذَٰلِكَ مَآ أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ فِى قَرْيَةٍ مِّن نَّذِيرٍ إِلَّا قَالَ مُتْرَفُوهَآ إِنَّا وَجَدْنَآ ءَابَآءَنَا عَلَىٰٓ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰٓ ءَاثَٰرِهِم مُّقْتَدُونَ﴾[2] فقد جعلوا عاداتهم ملةً ودينا لا يرضون بمفارقتها[3]، فالتقاليد التي تعتادها كل أمة وتتخذها

(١) الزخرف: ٢١.

(٢) الزخرف: ٢٢.

(٣) انظر المحرر الوجيز في سورة الزخرف: ٥ / ٥٠، والأمة هنا الملة والدين، وتطلق كذلك على: الجماعة من الناس (أمة من الناس يسقون)، و الوقت والحين (وادكر بعد أمة) (إلى أمة معدودة)، وأتباع الرسل، تقول: نحن أمة محمد، صلى عليه وسلم، وعلى الجامع للخير المقتدى به (إن إبراهيم كان أمة)، والقامة، يقال: زيد حسن الأمة أي القامة، والأم، هذه أمة زيد أي أمه، وعلى =

منهاجاً للسير عليها، لها عليهم سلطان قوي، ويعدونها من ضروريات الحياة التي لا يستغنون عنها، وكل خروج عنها كفر يستحق الرد والمواجهة، «ذلك - كما قال علماء النفس -: لأن العمل بكثرة تكراره تتكيف به الأعصاب والأعضاء، فيأخذ مكانه من النفوس، كالسيل بقوة انحداره يحتفر طريقه في الجبل، فكما أنه يصعب تحويله عن طريقه، فكذلك العرف يرسخ في النفوس بحيث يعسر زحزحتها عنه، وبخاصة إذا اقتضته الحاجة»(١).

وقد مر معنا قول الراغب الأصبهاني: إنَّ «العادة طبيعة ثانية»(٢).

ولشدة رسوخ العادات في أذهان الناس وقوة تعلقهم بها، نجد الأنبياء والداعين إلى الشرائع يقاسون الشدائد في

---

= الرجل المتفرد بدينه، ففي الحديث أن زيد بن عمرو بن نفيل يبعث أمة وحده، وهل إطلاق الأمة حقيقة في الجميع، أو في البعض فقط؟ خلاف، انظر التبيان في غريب القرآن: ١/ ١٠٩.

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٢٠.

(٢) المفردات: ٣٥٢.

حمل الناس على الإقلاع عن سيئ أعرافهم، وفاسد عاداتهم، فيراوحون في سياستهم بين التدرج واللين والشدة، حتى يقيموا عودهم وتألَفَ نفوسهم هذه التعاليم الجديدة، وتأخذ سبيلها في الرسوخ والتكيف بديلاً لما كان عندهم.

قالت السيدة عائشة - رضي الله عنها - (متحدثة عن القرآن): «... إنما نزل أولَ ما نزل منه سورةٌ من المفصل فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا ثاب الناس إلى الإسلام، نزل الحلال والحرام، ولو نزل أول شيء: لا تشربوا الخمر، لقالوا لا ندع الخمر أبداً، ولو نزل: لا تزنوا، لقالوا لا ندع الزنا أبداً»(١).

وقوله ﷺ لعائشة: «**لولا أنَّ قومك حديثو عهد بالجاهلية هدمت الكعبة وجعلت لها بابين**»(٢)، فهذا منه ﷺ تدرجٌ في أخذ الناس بالأحكام، ونقلهم عما اعتادوه، فمراعاةُ المألوف عند النفس من الحكمة، فالناس أعداء ما يجهلون، وتأمَّل النهي عن

---

(١) طرف من حديث أخرجه البخاري، كتاب فضائل القرآن، باب تأليف القرآن، رقم: ٤٩٩٣.

(٢) طرف من حديث أخرجه الترمذي، في كتاب الحج، باب ما جاء في كسر الكعبة، برقم:٨٧٥، وقال: حديث حسن صحيح.

سبِّ معبودات المشركين العالقة بنفوسهم خوف أن يسبوا الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّواْ ٱلَّذِينَ يَدۡعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّواْ ٱللَّهَ عَدۡوَۢا بِغَيۡرِ عِلۡمٖ﴾[1] والسبب في ذلك: ﴿كَذَٰلِكَ زَيَّنَّا لِكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلَهُمۡ﴾[2].

ولقد كان من عادات الجاهلية قبل الإسلام وأخلاقهم الصالحُ المستقيمُ المتفق مع الفطرة، بل كان فيها بقايا من الحنيفية السمحة، ويدل لذلك قوله ﷺ: «**إنما بعثت لأتمم صالح الأخلاق**»، وفي رواية: «**مكارم الأخلاق**»[3]، «فجاءت الشريعة لتتمم مكارم الأخلاق، ... ومن هاهنا أقرت الشريعة جملة من الأحكام التي جرت في الجاهلية؛ كالدية، والقسامة، والاجتماع يوم العروبة - وهي الجمعة - للوعظ والتذكير[4]، والقراض،

(١) سورة الأنعام: ١٠٨.
(٢) سورة الأنعام: ١٠٨.
(٣) سبق تخريجه ص ٨.
(٤) قال السهيلي في الروض الأنف (١/ ٥١-٥٢): «كعب بن لؤي (جد سيدنا رسول الله ﷺ) أول من جمع يوم العروبة، ولم تسم العروبة الجمعة إلا منذ جاء الإسلام، في قول بعضهم، وقيل هو أول من سماها الجمعة، فكانت قريش تجتمع إليه في هذا اليوم فيخطبهم ويذكرهم بمبعث النبي ﷺ، ويعلمهم أنه من ولده، ويأمرهم باتباعه والإيمان به»، وانظر: لسان العرب: مادة: عرب.

وكسـوة الكعبة، وأشـباه ذلك مما كان عند الجاهلية محموداً، وما كان مـن محاسـن العوائد ومكارم الأخلاق التـي تقبلها العقول، وهي كثيرة، وإنما كان عندهم من التعبدات الصحيحة في الإسلام أمور نادرة مأخوذة عن ملة إبراهيم عليه السلام»[1].

وهكذا أقرَّت الشريعة الإسـلامية الكثير من عادات العرب في جاهليتهـم، ولم ترفـض منهـا إلا مـا كان مصادمـاً لنصـوص الشريعـة ومبادئهـا، وحينما واجـه الصحابة خليطـاً من العادات في البـلاد التـي فتحوها من مصر وفارس والـروم والبربر، أقروا منها الصالح وألغوا الفاسد وما كان لهم أن يفعلوا ذلك إلا تأسياً برسول الله ﷺ[2].

وحـين جـاء التابعـون لم يختلـف أمرهـم عمن سـبقهم من الصحابـة إذ وجدوا لهم سـندا للأخذ بذلك المـوروث من عمل رسـول الله ﷺ أولاً، ومـن الصحابـة ثانيـاً، ولذلك توسـعوا في الأخـذ بالعرف وتحكيمـه، أكثر مما فعل الصحابة، نظراً لاتسـاع

(١) موافقات الشاطبي: ٢ / ٥٩١.

(٢) العرف والعمل: ٧٠-٧١.

رقعة الدولة الإسلامية، ودخول أممٍ جديدةٍ في الإسلام، وتجدُّد حوادث ومعاملاتٍ لم تكن معروفة[١].

وعلى منهج الصحابة والتابعين سار أئمة الاجتهاد من بعدهم إذ تأثروا بعادات وأعراف الجماعات المرتبطين بها .

ومن هؤلاء الأئمة أبو عبد الله مالك بن أنس رضي الله عنه[٢]، الذي عاش في دار الهجرة وأخذ عن سادات العلم فيها، من التابعين وتابعيهم، وانتهت إليه بالمدينة الرئاسة في الفتوى والتدريس والتحديث، وقد رأى ما اعتاد الناس من عمل وعادات ورثوا أغلبها عن سلفهم الصالح من صحابة رسول الله ﷺ.

---

(١) مباحث في المذهب المالكي في المغرب، للدكتور عمر عبد الكريم الجيدي: ٢٢٥.

(٢) ابن مالك بن أبي عامر الحميري ثم الأصبحي (٩٣هـ - ١٧٩هـ) عالم المدينة وإمام دار الهجرة، أخذ عن جلة التابعين كنافع والزهري وأبي الزناد وغيرهم، وأخذ عنه خلق كثير، الدواوين حافلة بالثناء عليه ونشر فضائله، وأفردها بعضهم بالتأليف. انظر مقدمة ترتيب المدارك: ١ / ٨-١٢.

فكان للعرف مكانةٌ كبيرةٌ في مذهبه، حتى عدَّه المالكية من أصول المذهب، وأُسُسِه، واحتجوا لذلك بما نبينه إن شاء الله.

**الفرع الأول: جعل العرف أصلاً من أصول المذهب:**

إن الإمام مالك رضي الله عنه، راعى في أساس مذهبه قصد الشارع الأساسي إلى تحقيق مصالح الناس في الدنيا والآخرة، ورفعِ الحرج عنهم، فجاءت أصول مذهبه متكاملةً، يرتبط بعضها ببعضٍ، ويستقي جميعها من معينٍ واحدٍ هو: النص الإسلامي وروحه ومعناه، وتطبيق النبي ﷺ والصحابة له(١).

والإمام مالك رضي الله عنه، وإن لم يُفْرِد أصوله التي بنى عليها مذهبه بالتأليف والشرح والتأصيل، فقد كانت واضحةً جليةً في موطئه «إذ بناه مالك رضي الله عنه على تمهيد الأصول للفروع ونبه فيه على علم عظيم من معظم أصول الفقه، التي ترجع إليها مسائله وفروعه»(٢).

---

(١) مالك، لأبي زهرة: ٣٤٣.

(٢) المسالك في شرح موطأ مالك: ١ / ٣٣٠، وانظر: القبس في شرح موطأ مالك بن أنس: ١ / ٧٥.

وكانـت هذه الأصول مبثوثةً في فتـاواه التي تناقلها تلامذته في أسـمعتهم الكثيرة المشهورة، فجمَع هؤلاء التلاميذ - بتتبُّعهم هـذه المـداركَ - أصـول المذهـب ورتبوها، وهذه خطـوةٌ لاحقةٌ تـأتي دائـما في مرحلة التصنيـف والتأليف، فالإمام كان مشـغولاً بالتدريس والتحديث والفتوى، ولم يكن هناك متسعٌ من الوقت للتأليـف في بيـان الأصول والمحاججة عنهـا، وإن وقع شيءٌ من ذلك فعلى سبيل الندور، كمسألة الاحتجاج لعمل أهل المدينة لما وقع فيها من المراجعة مع بعض معاصريه.

ولـو تأملت أصـول مذهبه التـي كان ينطلق منهـا، لوجدته - كـما قـال عيـاض - «ناهجاً في هـذه الأصول منهاجـاً مرتباً لها مراتبها ومدارجها، مقدِّماً كتاب الله على الآثار، ثم مقدماً لها على القيـاس والاعتبـار، تاركاً منها ما لم يتحملـه الثقات العارفون لما تحملـوه، أو ما يجهلونه، أو ما وجد الجمهور الجم الغفير من أهل المدينـة قد عملوا بغـيره وخالفوه، ولا يُلتفـت إلى من تأول عليه بظنـه في هذا الوجه سـوء التأويل، وقوَّله مـا لا يقوله، بل صرح بأنه من الأباطيل»[1].

(١) المدارك: ١/ ٨٩، الديباج: ١/ ١٦.

والقاضي عياض رحمه الله في كلامه السابق، لم يذكر من الأصول التي اعتمدها مالك، إلا الكتاب والسنة والقياس، وأشار من طرفٍ خفي إلى إجماع أهل المدينة[1]، وعدها العلامة التسولي رحمه الله في شرح البهجة ستة عشر أصلاً: «نص الكتاب العزيز، وظاهره وهو العموم، ودليله وهو مفهوم المخالفة، ومفهومه وهو باب آخر ومراده مفهوم الموافقة، وتنبيهه وهو التنبيه على العلة، كقوله تعالى: ﴿ فَإِنَّهُۥ رِجۡسٌ أَوۡ فِسۡقًا ﴾ الآية[2]، ومن السنة أيضا مثل هذه الخمسة، فهذه عشرة، والحادي عشر الإجماع، والثاني عشر القياس، والثالث عشر عمل أهل المدينة، والرابع عشر قول الصحابي، والخامس عشر الاستحسان، والسادس عشر الحكم بسد الذرائع، واختلف قوله في السابع عشر وهو مراعاة الخلاف، فمرة يراعيه ومرة لا يراعيه، قال أبو الحسن ومن ذلك الاستصحاب»[3].

(١) وهكذا أيضا قصر الشاطبي الأدلة الشرعية على أربع: الكتاب والسنة والإجماع والرأي، انظر الموافقات: ٣/ ٣٠٩..

(٢) الأنعام: من الآية ١٤٥.

(٣) البهجة: ٢/ ٢٥٠.

ولقد زاد تاج الدين السبكي في تعداده لهذه الأصول على خمسمائة أصل[1].

ولعل أدقَّ إحصاء لها ما قدمه القرافي في تنقيح الفصول، فقال إنها: القرآن والسنة والإجماع وإجماع أهل المدينة، والقياس، وقول الصحابي، والمصلحة المرسلة، والعرف والعادات، وسد الذرائع، والاستصحاب، والاستحسان، والبراءة الأصلية، والاستقراء[2].

وهكذا اعتمد مالكٌ العرف في أصول مذهبه، وسار على منهجه مَن جاء بعده مِن أهل المذهب، وجعلوه أساساً أداروا عليه كثيراً من المسائل والأحكام، بل إنهم جعلوا الأخذ بالعرف

---

(١) مالك، لأبي زهرة: ٢٠٦.

(٢) تنقيح الفصول: ٤٤٥، قد أُفردت أصول مالك بالتأليف، فقد نظمها أبو كُفَّ المحجوبي (ت ١٢٧٥هـ) وشرح نظمه الولاتي في: إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك، وهناك الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة: لحسن بن محمد المشاط المتوفى سنة ١٣٩٩هـ، وللمعاصرين هناك كتاب: أصول فقه الإمام مالك «أدلته النقلية» لعبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، وغير ذلك.

وتحكيمه من أسس الفقه عامة التي بُني عليها [1]؛ قال سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم رحمه الله (ت١٢٣٣هـ):

**قد أسِّس الفقه على رفع الضرر**
**وأنَّ ما يَشُقُّ يجلب الوطرْ**
**ونفيِ رفع القطع بالشك وأنْ**
**يُحَكَّمَ العرف...**

قال في شرح (وأن يحكَّم العرف): «يعني أن القاعدة الرابعة هي أنَّ العادة محكمة»[2].

قال ابن عاصم رحمه الله:

**العرف ما يعرفُ بين الناسِ ومثله العادة دون باس**
**ومقتضاهما معا مشروعُ في غير ما خالفه المشروع**

---

(١) نقل ابن حجر في الفتح: ٤ / ٤٠٦، عن القاضي حسين الشافعي (ت ٤٦٢هـ): «إن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي ينبني عليها الفقه».

(٢) انظر نشر البنود على مراقي السعود: ٢ / ٢٦٦.

وشرحه الولاتي بقوله: «يعني أن مقتضى العرف والعادة أي مدلولهما مشروعٌ معمولٌ به في الشرع في غير ما خالفه المشروع، يعني أنَّ العرف معمول به في الشرع ما لم يخالف دليلا شرعيا»[1].

وقال أبو كُفَّ المحجوبي (ت ١٢٧٥ هـ):

**وكل ما العادة فيه تدخلُ من الأمور فهي فيه تعملُ**

قال الولاتي: «يعني أن كل ما تدخل فيه العادة - أي عادة العوام القولية أو الفعلية - من الأحكام الشرعية فهي عاملة فيه أي محكَّمة فيه: تخصصه إن كان عاماً، وتقيده إن كان مطلقاً، وتبيِّنه إن كان مجملاً»[2].

وإليك نصوصاً لبعض أجلاء المالكية تؤكد مكانة العرف في المذهب، وأنه أصلٌ من أصوله:

- يقول أبو بكر بن العربي رحمه الله تعالى، أثناء الكلام في

(١) نيل السول: ١٩٨.

(٢) إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك: ٣٣٣-٣٣٤.

مسألة علمية «... **وهذا أمر دائر على العرف والعادة الذي هو أصل من أصول الشريعة**»[1]، ويقول في موضع آخر: «**والعرف عندنا أصل من أصول الملة، ودليل من جملة الأدلة**»[2]، ويقول: «**إن العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام**»[3].

- وقال الإمام الشاطبي: «**العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً**، كانت شرعية في أصلها أو غير شرعية، أي سواء كانت مقررةً بالدليل شرعاً؛ أمراً أو نهياً أو إذناً، أم لا، أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر، وأما غيرها فلا يستقيم التكليف إلا بذلك»[4].

- وقال الفقيه التاودي: «**إذا جرى العرف بشيء صار هو الأصل**»[5].

- وقال التسولي: «**وقد قالوا - كما للقرافي وغيره - إنَّ حمل**

(١) أحكام القرآن: ٣/ ١٤٣.

(٢) المصدر السابق: ٣ / ٥٠٠.

(٣) المصدر السابق: ٤ / ١٨٤٢.

(٤) الموافقات: ٢ / ٥٧٣، وانظر: المرافق على الموافق: ١ / ٢٨٨-٢٨٩.

(٥) شرحه على تحفة الحكام هامش البهجة: ٢/ ١٧١.

**الناس على أعرافهم وعوائدهم ومقاصدهم واجب، والحكم عليهم بخلاف ذلك من الزيغ والجور**»[1].

وقال الدسوقي معلقاً على قول خليل: «وقُبل أجل مثله في بيعٍ لا قرضٍ»[2]، «وظاهر المصنف أنه لا ينظر للعرف، وأنه متى ادعى المقِرُّ أجلاً يُشبه أن تباع السلعة لمثله بالدَّين، كان القول قوله بيمينٍ، ولو كان العرف عدم التأجيل، وليس كذلك إذ **العمل بالعرف أصلٌ من أصول المذهب**، فينبغي أن يُحمل كلام المصنف على ما إذا لم يجر العرف بشيء»[3].

وفي مسألة ما إذا أرسل شخصٌ مع آخر نقوداً ليدفعها إلى من يطلبه بدين، فقال من أُرسلت معه: دفعتُها إلى فلان كما أمرتني، فأنكر فلان، فعلى الدافع البينة، وإلا ضمِن، إذا أمره بالإشهاد، أو كانت العادة، قال أبو الحسن في شرحه للرسالة: «أما لو كانت العادة ترك الإشهاد فلا ضمان عليه»، قال العدوي: «ضعيف

(١) البهجة على تحفة الحكام: ٢ / ١١٥.
(٢) المختصر: ٢٢٠.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣ / ٤٠٤.

والمعتمد الضمان ولو جرى عرفٌ بعدم الإشهاد، فهي تستثنى من قاعدة **العمل بالعرف الذي هو أصل من أصول المذهب**»(١).

وكُتُب الفروع مليئةٌ بعباراتِ: «**مرجع هذا إلى العرف**»، «**وتقدير هذا بالعرف**»، «**المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً**»، وغير ذلك مما يبين المكانة الكبيرة التي يحتلها العرف في المذهب المالكي كما سنبين في المباحث اللاحقة، إن شاء الله.

## الفرع الثاني: أدلة جعل العرف أصلاً من أصول المذهب المالكي:

استدل علماء المذهب المالكي على اعتماد العرف في أصول مذهبهم بما يلي:

**أ- قوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾:**

قال ابن الفرس رحمه الله تعالى، في تفسير قوله تعالى: ﴿ **وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ** ﴾(٢): «واقضِ فيه بكل ما عرفته النفوس مما لا يرده

(١) حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: ٢ / ٣٥٣.
(٢) الأعراف: من الآية ١٩٩.

الـشرع، ... والقول بالعرف الجاري بـين الناس في التنازع أصل مختلف فيـه، وأصحاب مالك رحمه الله تعـالى يحتجون بهذه الآية كثيراً في إثباته »[1].

قـال الـولاتي رحمه الله تعـالى: «والأصـل في تحكيـم العرف قولـه تعـالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾ أي مـا يعـرف بين الناس ويعتادونه»[2].

والاسـتدلال بآيـة: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾، عـلى تحكيـم العـرف، موجود عند متقدمي المالكيـة لأنهم فسَّروا «**العرف**» بما يقتضي ذلك:

- قـال ابـن عطيـة: معنـى قولـه ﴿ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾: «بـكل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة»[3].

- وقـال القرطبي: «...والعـرف والمعـروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس»[4].

---

(١) أحكام القرآن: ٣ / ٦٢.

(٢) نيل السول: ١٩٩.

(٣) المحرر الوجيز: ٢ / ٤٩١.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ٧ / ٣٤٤.

- قال القرافي في حديثه عن شهادة العادة لأحد الزوجين المتخالفين، والحكم له بدعواه بموجب تلك الشهادة: «...لنا قوله تعالى: ﴿ **خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ** ﴾، فكل ما شهدت به العادة قُضي به، لظاهر هذه الآية، إلا أن يكون هناك بينة»[(١)].

فهؤلاء العلماء كما رأينا فسروا كلمة «**العرف**» الذي أُمِر النبي عليه الصلاة والسلام بالأمر به، بالعادات والأعراف الجارية بين الناس، وبذلك التفسير جعلوا الآية دليلاً على اعتبار العرف، وهناك تفسيرات أخرى لهذه الآية، لا تجعلها صريحة في الدلالة على ما يريدون، وهذا الاختلاف في تفسير كلمة «العرف» جعل جمهرة من الفقهاء يرون أن الاحتجاج بهذه الآية على اعتبار العرف ضعيفٌ إن لم يكن باطلاً[(٢)].

---

(١) الفروق: ٣/ ١٤٩.

(٢) مباحث في المذهب المالكي بالمغرب: ٢٢٤.

**ب- قوله سبحانه وتعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ﴾ الآيتان**[1]:

قال ابن العربي رحمه الله تعالى: « قال علماؤنا في هذا دليل على العمل بالعرف والعادة؛ لما ذُكر من أخذ القميص مُقبلاً ومُدبراً، وما دَلَّ عليه الإقبال من دعواها، والإدبار من صدق يوسف »[2].

**ج- حديث: خُذي ما يكفيك ووَلَدَك بالمعروف:**

قال الولاتي معدداً أدلة المالكية في جعل العرف أصلاً: «... وقوله ﷺ لهند بنت عتبة رضي الله عنها - حين قالت له إن أبا سفيان رجل مِسِّيك لا يعطيها من النفقة ما يكفيها وأولادها - : «**خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[3]،

---

(١) يوسف:٢٦-٢٧

(٢) أحكام القرآن: ٣ / ٥٠، وانظر أحكام القرآن لابن الفرس: ٣/ ٦٣.

(٣) هذا اللفظ الذي أورده المؤلف ليس لفظ الصحيحين، وحديث هند متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في الإجارة والمكيال والوزن، برقم: ٢٠٩٦، وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية، باب قضية هند، برقم:١٧١٤.

أي المعتـاد مـن النفقـة عند النـاس»، وهـذا الحديـث صريح في الدلالـة عـلى اعتماد العـرف، والرجـوع إليه، وقـد صرح العلماء الذين شرحوه باستنباط ذلك منه:

- **قـال القاضي عيـاض**: «... وقيَّد الحكـم بالعرف لقوله ما يكفيـك وولـدك بالمعروف، وذلك عـلى ما جرت بـه عادتهم في الإنفـاق، وبقدر حاجتهـن وقدر ماله، وتحري القصد والوسـط دون الإكثار والتقتير»[1].

- **قال الأبِّي**: «...وفيه مراعاة العرف»[2].

- **وقـال الكرمـاني** معـدداً مـا يسـتنبط مـن الحديـث: «... واعتماد العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي»[3].

لقد صرح المالكية كما رأينا بالاستدلال بآية: ﴿ **خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ** ﴾، وقـولـه: ﴿ **إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَـٰذِبِينَ ۞ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّـٰدِقِينَ** ﴾ وحديث هنـد المتقدم، على اعتبار العـرف في الأحكام والرجوع

---

(١) إكمال المعلم بفوائد مسلم: ٥ / ٥٦٥.

(٢) إكمال إكمال المعلم على صحيح مسلم: ٦/ ٢٣١.

(٣) شرح البخاري: ١٠ / ٦٥.

إليه، وهناك غير هذه الثلاثة مما يدل على اعتماد العرف في الشريعة الإسلامية، وهو ورود آيات وأحاديث شريفة، تصرح بالرد إلى «المعروف» والإحالة عليه في الحكم[1]، والمعروف هو العرف لغة واصطلاحاً كما مر معنا في تعريف العرف، وقال القاضي عياض رحمه الله: «والعرف: بضم العين، والمعروف متكرر في الأحاديث بمعنى»[2] أي بمعنىً واحدٍ، وسأعرض هذه الآيات والأحاديث فيما يلي:

## أ- الآيات القرآنية:

جاءت كلمة «المعروف» في كتاب الله العزيز مُداراً عليها الحكم، في ثمانية وثلاثين موضعاً[3]، وهي في جميع مواضعها

---

(١) أمالي الدلالات: ٥٧٥.

(٢) مشارق الأنوار على صحاح الآثار: ٢ / ٧٦.

(٣) في البقرة: الآيات: ١٧٨، ١٨٠، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣١، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٦٣، في آل عمران، الآيات: ١٠٤، ١١٠، ١١٤، وفي النساء: ٥، ٦، ٨، ١٩، ٢٥، ١١٤، وفي الأعراف: ١٥٧، وفي التوبة: ٦٧، ٧١، ١١٢، وفي الحج: ٤١، وفي لقمان: ١٥، ١٧، وفي الأحزاب: ٦، ٣٢، وفي سورة محمد: ٢١، وفي الممتحنة: ١٢، وفي الطلاق: ٢، ٢، ٦.

المراد منها ما تعارفه الناس في ذلك الوقت من مثل ذلك الأمر(1)، وأكثر ما وردت في الأحكام المتعلقة بالأسرة، كالأمر بحسن عشرة النساء، مثل قوله: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾(2)، والنفقة عليهن: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾(3)، وفي الإمساك والتسريح: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾(4)، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾(5)، قال ابن عطية إن هذه الآية «دليل على رفض التحديد»(6) وإنما وُكِل الأمر إلى عادة الناس في ذلك، وحال الزوج من يُسرٍ وعُسرٍ، وحالها هي أيضا من شرف وغنى، ونحو ذلك من الأشياء التي يختلف فيها الأشخاص.

---

(1) شرح ابن النجار للكوكب المنير: ٤ / ٤٤٩.

(2) النساء: ١٩.

(3) البقرة: ٢٣٣.

(٤) البقرة: ٢٣١.

(٥) البقرة: ٢٣٦.

(٦) المحرر الوجيز: ٢ / ٣٢٠.

وهناك آيـاتٌ في الحث عـلى الأمـر بالمعـروف: ﴿ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ ﴾[1]، والقـول المعـروف: ﴿ فَٱرْزُقُوهُم مِّنْهُ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلًا مَّعْرُوفًا ﴾[2]، وكلهـا تصب في نفـس المنحى، وهـو إجراء الأمـور على معتـاد الناس ومألوفهم الأخلاقي والديني والعادي.

**ب- من الحديث الشريف:**

وردت الإحالـة إلى «المعـروف» في أحاديث شريفة، تكرس تحكيم العرف ورد معاملات الناس إليه.

و«المعـروف» المُحـال إليـه كما قـال الخطابي رحمـه الله تعالى: «كل مـا تعرفه النفوس وتستحسـنه العقول من مكارم الأخلاق ومحاسـن الشِّيم، وهي التي كانت لم تزل مستحسنة في كل زمان، وعنـد أهل كل ملة، فلا تزال كذلك لا يجري عليها النسـخ، ولا يجوز فيها التبديل»[3].

(١) النساء: ١١٤.

(٢) النساء: ٨.

(٣) غريـب الحديـث: ١ / ١٥٦، انظـر: أحـكام القـرآن لابـن العـربي: ٢/ ٣٦٢.

وقال ابن الأثير بعد أن أشار إلى تكرر ذكر «المعروف» في الحديث: «وهو من الصفة الغالبة، أي أمر معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه»(١).

- من هذه الأحاديث حديث أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ، قال: «**للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف، لا يكلف من العمل إلا ما يطيق**»(٢).

- وعن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: أصاب عمر بخيبر أرضاً، فأتى النبي ﷺ، فقال: أصبت أرضاً لم أُصب مالاً قط أنفس منه، فكيف تأمرني به؟ قال: « إن شئت حبَّست أصلها ،

---

(١) النهاية: ٣/ ٢١٦.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ بلاغاً، في كتاب الاستئذان، باب الأمر بالرفق بالمملوك،ووصله مسلم في الصحيح من غير لفظ «بالمعروف» كتاب الأيمان، باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس، ولا يكلفه ما يغلبه، برقم: ١١٦٢، وكلمة « بالمعروف » جاءت في مسند الشافعي في باب: ومن كتاب القرعة والنفقات على الأقارب: ١/ ٣٠٥، السنن الكبرى للبيهقي، باب ما على مالك المملوك من طعام المملوك وكسوته ٨/ ٦.

وتصدقت بها». فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، في الفقراء والقربى والرقاب، وفي سبيل الله والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، أو يطعم صديقاً، غير متمول فيه[1].

قال أبو العباس القرطبي رحمه الله: «وقوله (لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف) هذا رفع للحرج عن الوالي عليها، والعامل في تلك الصدقة في الأكل منها، على ما جرت به عادة العمال في الحيطان من أكلهم من ثمرها حالة عملهم»[2].

وقال عياض: «وتقييده في قوله «أن يأكل منها بالمعروف» إشارة إلى ما قلناه في الرجوع إلى العادة في ذلك»[3].

هذا عن تكرر الإحالة في القرآن والسنة على المعروف بين الناس - وهو العرف - وردِّ الأحكام إليه، لكن هناك نصوصاً

(١) متفق عليه، أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، برقم: ٢٥٨٦، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوقف، برقم: ١٦٣٢.

(٢) المفهم: ٤ / ٦٠٢.

(٣) إكمال المعلم بفوائد مسلم: ٥ / ٣٧٧.

أكثر تصريحاً بالمراد وهو تحكيم العرف، حيث رتبت أحكامها على معتاد معهود للناس في تلك القضايا موضع النص.

فمن القرآن آية الاستئذان: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[1] الآية،ووجه دلالتها: «...أن الله تعالى أدب عباده بأن يكون العبيد - إذ لا بال لهم - والأطفال الذين لم يبلغوا الحلم إلا أنهم عقلوا معنى الكشفة ونحوها، يستأذنون على أهليهم في هذه الأوقات الثلاثة، وهي الأوقات التي تقتضي عادة الناس الانكشاف فيها وملازمة التعري في المضاجع»[2]، فأنت ترى بوضوح ترتيب حكم الاستئذان في هذه الأوقات على عادة للناس بالانكشاف في هذه الأوقات، وممن استدل بهذه الآية على تحكيم العرف من غير المالكية العلامة ابن النجار الحنبلي في شرحه للكوكب المنير في أصول الفقه[3].

---

(١) سورة النور: ٥٨.

(٢) المحرر الوجيز: ١٣٧٠.

(٣) شرح الكوكب المنير: ٤ / ٤٥٠.

ومن الحديث ما روى حِرام بن محيِّصة الأنصاري عن أبيه: أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدته، فقضى رسول الله ﷺ أنّ على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل(١).

قال ابن النجار: «وهو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية؛ إذ بنى النبي ﷺ التضمين على ما جرت به العادة»(٢).

وحديث نعيم بن مسعود الأشجعي رضي الله عنه، قال: سمعت رسول الله ﷺ - حين جاءه رسولا مسيلمة الكذاب بكتابه - يقول لهما حين قرأ كتاب مسيلمة: «ما تقولان أنتما؟ قالا: نقول كما قال! فقال: أما والله لولا أن الرسل لا تُقتل لضربت أعناقكما»(٣).

---

(١) رواه أبو داود، ٢ / ٢٦٧، وابن ماجه، ٢ / ٧٨١، وأحمد، ٥ / ٤٣٥، ومالك في الموطأ مرسلاً، ٤٦٦، قال ابن النجار في شرح الكوكب المنير (٤ / ٤٥٢): «وصححه جماعة».

(٢) شرح الكوكب المنير: ٤ / ٤٥٢.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ٤ / ٤٨٧، ٤٨٨، وأبو داود: ٣/ ١٩١، ١٩٢، واللفظ لأبي داود.

فتأمل قوله ﷺ: «**لولا أن الرسل لا تُقتل**» فقد منعته ﷺ قتْلَ الرسولين الكافرين عادةُ الناس ألا يُقتل الرسول ولا يهان، فتلك العادة خلُقٌ حسن، ومكرمة خلقية ولقد بُعث عليه صلوات الله وسلامه متمِّماً لمكارم الأخلاق، قال السهارنفوري: «أي العادة فاشية في الملوك أن الرسل لا تقتل عندهم»[1].

وقد استدل بعض العلماء[2] من خارج المذهب بحديث «**ما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن**»[3] فالحديث يحكُم أن ما استحسنه المسلمون مستحسَن عند الله وهو حق، والعرف مستحسن عند المسلمين فوجب اعتباره لهذا، وللعلماء كلام في هذا الأثر وفي دلالته، فبعضهم يرى أنه يشير إلى الإجماع وحجيته،

---

(١) بذل المجهود في حل سنن أبي داود: ٩ / ٤٨٤.

(٢) منهم السيوطي في أشباهه: ١٨٢، وابن نجيم الحنفي في أشباهه كذلك: ١٠١، وأورده كذلك في أدلة تحكيم العرف في أمالي الدلالات:٥٧٦.

(٣) أخرجه أحمد في المسند:١ / ٣٩٧، والحاكم في المستدرك: ٣ / ٧٨- ٧٩، واللفظ له، وهو حديث موقوف على عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، قال الحاكم عنه: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي.

قال الآمدي: «قوله: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، إشارة إلى إجماع المسلمين»[1].

أمّا الشاطبي رحمه الله تعالى فسلك طريقة خاصة في الاستدلال على تحكيم العرف، أسَّسها على أن العوائد ضرورية الاعتبار شرعاً، كانت شرعية في أصلها أو لم تكن كذلك، أما التي أصلها الشرع فأمرها ظاهر، وأما الأخرى، فلا يستقيم إقامة التكليف إلا باعتبارها، واستدل لذلك بأمور أربعة:

– أن العادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ** ﴾[2]، فلو لم تعتبر العادة شرعا لم يتحتم القصاص ولم يُشرع.

– ورودُ التكاليف بميزان واحد في الخلق يدل على أن الشارع اعتبر العادات المطردة فيهم، ولو لم يعتبرها لما كان هناك مانع من اختلاف التشريع واختلاف الخطاب.

– لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح، لزم القطع بأنه

(١) الإحكام في أصول الأحكام: ٤ / ١٥٩.
(٢) البقرة: من الآية:١٧٩.

لا بد من اعتباره للعوائد، لأنه إذا كان التشريع على وِزان واحد، دل على جريان المصالح على ذلك.

- لو لم تُعتبر العوائد لأدى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع[1].

ومما يُستدل به لحجية العرف السنة التقريرية[2]: كتقريره ﷺ للناس على صنائعهم وتجاراتهم، وقدِم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين[3]، وقد أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية[4].

---

(١) الموافقات: ٢ / ٥٧٣- ٧٥٧.

(٢) المراد بالسنة التقريرية: أن يسكت النبي ﷺ عن إنكار قول أو عمل وقعا بين يديه أو علم بهما، ومنها قول الصحابي كنا نفعل كذا، أو كانوا يفعلون كذا، إن أضافه إلى عصر رسول الله ﷺ.انظر: إرشاد الفحول:٤١.

(٣) متفق عليه من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: أخرجه البخاري (٢ / ٧٨١)، كتاب البيوع، باب السلم برقم: ٢١٢٣ وأخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٦)، كتاب البيوع، باب السلم برقم: ١٦٠٤.

(٤) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٩٥)، كتاب القسامة والمحاربين، باب القسامة برقم: ١٦٧٠.

### الفرع الثالث: موقف المذاهب الأخرى من العرف:

قال القرافي: «يُنقل عن مذهبنا أن من خواصه اعتبار العوائد والمصلحة المرسلة وسد الذرائع، وليس كذلك! أما العرف فمشترك بين المذاهب ومن استقراها وجدهم يصرحون بذلك»(١).

ففي مذهب الحنفية اشتهر اعتبار العرف، وتحكيمه والاعتداد به، والتفريع عليه خاصة في أبواب المعاملات، يقول السرخسي: «الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي»(٢)، ويقول: «تعامل الناس من غير نكير أصل في الشرع»(٣).

وقد ساق ابن عابدين كثيراً من التفريعات على العرف والأحكام المبنية عليه، في رسالة معنونة: بـ«نشر العَرْف، في بناء بعض الأحكام على العُرف» وله:

**والعرف في الشرع له اعتبارُ لـذا عليـه الحكم قـد يـدارُ** (٤)

---

(١) تنقيح الفصول:٤٤٨.

(٢) المبسوط:١٣ / ١٤.

(٣) المبسوط:١٣ / ٧٧.

(٤) نشر العرف:١١٢ وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم:١٠١.

وأما الشافعية فلهم كذلك حظهم من الأخذ بالعرف؛ فهذا إمام الحرمين يقول: «إن المعاملات تبنى على مقاصد الخلق، لا على صيغ الألفاظ، سيما إذا عم العرف في باب فهو المتبع»[١].

ويقول السيوطي: «اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تعدُّ كثرةً»[٢].

وقد قدمنا قول القاضي حسين: «إن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التي ينبني عليها الفقه»[٣].

وأما المذهب الحنبلي فلم يكن بِدعاً من المذاهب، بل أخذ من اعتبار العرف بحظٍّ وافرٍ، يقول أبو زهرة: «لقد كان المذهب الحنبلي كالمذهب المالكي والحنفي، يُخضع الفتوى في غير مواضع النصوص والآثار للعرف»[٤].

والنصوص عن متقدمي الحنابلة في تحكيم العرف كثيرة، نورد منها قول ابن قدامة: «إن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف»[٥].

---

(١) فقه إمام الحرمين: ٣٧٦.

(٢) الأشباه والنظائر: ١٨٢.

(٣) فتح الباري: ٤ / ٤٠٦.

(٤) ابن حنبل: ٣٢٠.

(٥) المغني: ٦ / ٨.

ويقول ابن القيم: «إياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه، فتجني عليه وعلى الشريعة، وتنسب إليها ما هي بريئة منه»[1].

فالمذاهب الأربعة اعتبرت العرف، وبنت أحكاماً عليه، وتفاوتت في ذلك، ولعل أسعدَها بالعرف المذهبُ المالكي والمذهب الحنفي، يقول أبو زهرة: «والفقه المالكي كالفقه الحنفي يأخذ بالعرف، ويعتبره أصلاً من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي، بل إنه أوغل في احترام العرف أكثر من المذهب الحنفي، لأن المصالح دعامة الفقه المالكي في الاستدلال، ولا شك أن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه، بل يجب الأخذ به»[2].

وكما نوَّه أصحاب المذاهب بالعرف وأنزلوه منزلته، حذا حذوهم أئمة كبار:

- فهذا الإمام أبو عبد الله البخاري رحمه الله، يورد في صحيحه، ترجمة طويلة ضمَّنها موقفه من العرف - وكما قيل

(١) إعلام الموقعين: ٣/ ٦٦.
(٢) مالك: ٣٣٦.

«فقه البخاري في تراجمه»[1] - وأتبعها بأحاديث تؤكد مضمونها: تحكيم العرف وبناء الأحكام عليه، يقول رحمه الله: «باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة» قال ابن المنيِّر وغيره: «مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ»[2].

ثم ساق في الترجمة آثاراً عن بعض السلف تؤازر ما بوَّب له:

- وقال شريح للغزَّالين: سنتكم بينكم! أي عادتكم هي الحكم بينكم[3].

- وقال عبد الوهاب عن أيوب: لا بأس العشرة بأحد عشر ويأخذ للنفقة ربحاً، قال ابن حجر: «ووجه دخول هذا الأثر في الترجمة: الإشارة إلى أنه إذا كان في عرف البلد أن المشترى بعشرة

---

(١) فتح الباري: ١ / ٢٤٣.
(٢) فتح الباري: ٤ / ٥١١.
(٣) قال ابن حجر (فتح الباري: ٤ / ٥١٢): «وصله سعيد بن منصور، من طريق ابن سيرين، أن ناساً من الغزالين اختصموا إلى شريح في شيء كان بينهم فقالوا: إن سنتنا كذا وكذا، فقال: سنتكم بينكم»

دراهـم يباع بأحد عشر فباعه المشـتري على ذلـك العرف لم يكن به بأس»[1].

- واكترى الحسن من عبد الله بن مرداس حماراً فقال: بكم؟ قـال: بدانقـين، فركبـه، ثم جاء مـرة أخرى فقال: الحـمارَ الحمارَ، فركبه ولم يشارطه، فبعث إليه بنصف درهم[2].

والعلماء رضي الله عنهـم نزَّلوا العرف منزلته، لأنَّ فيه اتفاقاً مـع الطبيعة الجبلية للناس، يقول ابن عاشـور: «...من هنا تعلم أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة»[3].

وإذا كان للعـرف هـذه المنزلـة، وهـو بهـذه الدرجـة مـن الاعتبـار في المذاهب الفقهية، فهل هو أصل مسـتقل تسـتقى منه الأحـكام، أم أنه يرجع في دلالته إلى أصول أخرى هي الدليل في تلك المسألة؟

المتأمل في نصوص المذهب المالكي يجد أن علماءه صرحوا بأن العرف أصل من الأصول مسـتقل، وعـدُّوه من أصول المذهب،

(١) فتح الباري: ٤ / ٥١٢.
(٢) المصدر نفسه: ٤ / ٥١٠.
(٣) مقاصد الشريعة الإسلامية: ٢٦٦ - ٢٦٧.

بل هو قاعدة من القواعد الخمس التي بُني عليها الفقه، ووافقهم القاضي حسين الشافعي.

وقال القرافي: إن أدلة مشروعية التصرفات تسعة عشر. وعدَّ منها العوائد[١]، فالعوائد في هذا النص: دليل يستنبط منه المجتهد الأحكام كغيره من الأدلة الأخرى.

ولكنك تلمس في ثنايا نصوصهم إشارةً إلى رد العرف إلى بعض الأدلة المعتبرة:

فالقرافي حين عد العوائد من أدلة مشروعية أفعال المكلفين، قال: «فهذه العادة يقضى بها عندنا لما تقدم في الاستصحاب»[٢]، فجعل الحكم بالعادة معلَّلاً بما عُلل به الحكم بالاستصحاب، فكأنهما يرجعان إلى معنىً واحدٍ، والحكم بالعادة – على هذا الفهم – من الحكم بالاستصحاب، وليس لأنها أصل بذاتها.

وقد جعل بعضهم اعتبار العرف من باب المصلحة المرسلة، ففي مسألة إلزام الأم إرضاع ولدها استثنوا ذات القدر، إذا

---

(١) تنقيح الفصول: ٤٤٥.

(٢) المصدر نفسه: ٤٤٨، وعرف الاستصحاب (٤٤٧)، بأن معناه: أن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال.

كان العـرف ألا ترضـع، وهو اسـتثناء مبني عند ابـن العربي على مصلحـة النـاس، قـال: «ولمالـك في الشريفـة رأي خصـص بـه الآيـة - والوالـدات يرضعـن أولادهـن - فقال: إنها لا ترضع إذا كانـت شريفـة، وهـذا مـن بـاب المصلحـة التـي مهدناها في أصول الفقه»[1].

ويـرى ابـن العـربي كذلـك أن الأخـذ بالعـرف، في بعـض صـوره من بـاب الاستحسـان، وذلك حـين يكون تـرك الدليل لأجل العرف[2].

ولكـن هـذه الاسـتثناءات لا تقـدح في الأصـل العـام وهو أن العـرف يعتـبر أصلاً من أصول المذهب، وقاعـدة ترجع إليها أغلب الأحكام خاصة في المعاملات والأحوال الشخصية.

وهناك من الباحثين من رد العرف إلى أدلة أخرى، كالإجماع

---

(١) أحـكام القرآن: ١ / ٢٧٥، وانظـر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٣ / ١٦١، والفواكه الدواني: ٢/ ٦٥.

(٢) المحصـول: ١ / ١٣١، ومثلـه ابـن التلمسـاني الشـافعي عـدَّ اتبـاع العرف من أقسـام الاستحسـان، انظر: شرح المعـالم في أصول الفقه: ٢ / ٤٧١.

العملي، ودلالـة الإجماع، وقاعدة المنافع والمضار، ويرى الشـيخ الطاهر بن عاشور رحمه الله أنه داخلٌ تحت حكم الإباحة[1].

يقـول الدكتور أبو سـنة: «... إن العـرف في هذه النصوص ليـس دليلاً على الحقيقة، وإنما هو دليلٌ ظاهرٌ فقط، وبإنعام النظر يُرى على الدوام مردوداً إلى دليلٍ آخر من الأدلة الصحيحة»[2].

ولبعض متأخري المالكية فهمٌ خاصٌ في اعتماد العرف داخل المذهـب، يضيِّـق نطاقه، ويحـدِّد مجالـه: يقول الـولاتي رحمه الله: «ومعنـى العمـل بالعـرف أنـه يقيَّد بـه بعض الأحـكام الشرعية الفرعيـة وليس معمولاً به في كل فروع الشريعة، كما يزعم بعض جهلـة هذا الزمن المنتسـبين للقضـاء والفتيا، بل إنـما يعمل به في الأحكام الفرعية التي وَكَل الشرع أمرها إلى العرف»[3].

وهذا الرأي يقلل من دائرة سلطان العرف، و لا يكرُّ بالنقض على ما قدمنا من أن الأعراف تحتل مكانةً كبيرةً ومرتبةً متقدمة في

(١) مقاصد الشريعة: ٢٦٧.
(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٢٣.
(٣) نيل السول على مرتقى الوصول: ١٩٨.

استنباط الأحكام في المذهب المالكي وفهم النصوص وتفسيرها، فهو ركنٌ من أركان الشريعة عند مالك وعامة أصحابه[1].

وقد أفاد اعتبار العرف والتأسيس عليه المذهب نمواً ومرونةً في التشريع والفصل بين الناس، وأكسبه مسايرةً للوقائع وانسجاماً مع الواقع، وفيه «تسهيلٌ على القضاء؛ لأنه يحل محل النصوص التفصيلية في الأحكام عند خفائها أو فقدانها، اعتماداً على مألوف الناس ومعهوداتهم في كثيرٍ من الوقائع الواقعة أو المتوقعة»[2].

ولكن أهل المذهب حين بوَّءوا العرف هذه المكانة لم يتركوا الباب مفتوحاً على مصراعيه، ولم يُرخوا للأمر الحبل على الغارب، وإنما ضبطوا حاكمية العرف بضوابط محددة تميز الصالح من غيره، وبينوا المجالات التي يدخل فيها اعتبار العرف، وبذلك أحكموا السيطرة على سلطان العادة، وقطعوا الطريق على الاسترسال مع أهواء الناس وأغراضهم الفاسدة، فما هي ضوابط اعتماد العرف وما هي مجالات تحكيمه ؟ ذلك ما سأبينه في المطلب الآتي:

* * *

(١) نوازل المهدي الوزاني: ٦ / ٣٩٢.

(٢) فلسفة التشريع في الإسلام للدكتور صبحي محمصاني: ٢٥٦.

## المطلب الثاني

## ضوابط اعتماد العرف، ومجالات تحكيمه.

الفرع الأول: ضوابط اعتماد العرف.

الفرع الثاني: مجالات اعتماد العرف.

## الفرع الأول: ضوابط اعتماد العرف وشروطه

لقد أحكم فقهاؤنا السيطرة على أمر اعتبار العرف والإحالة إليه، بأن وضعوا شروطاً وضوابط لا بد من توفرها في العرف ليكون صالحاً للاعتبار، تنظيماً لمصالح الناس وحسماً لفوضى الأعراف الفاسدة والعادات الشاذة.

فلا يكون العرف مقبولاً شرعاً حتى يكون موافقاً للنص الشرعي غير مصادمٍ له، ويَطَّرِدَ أو يَغْلِب، ويكون سابقاً للنازلة التي يراد تطبيقه عليها، ويسلم من تصريح بخلافه.

فهذه الشروط إذا فُقدت فَقَد العرف صلاحيته للعمل، وكان حظه النبذ، وسأتناولها بشيءٍ من التفصيل:

**أ- أن لا يخالف نصّاً شرعيّاً أو قاعدةً مطلقةً:**

إن الشرع بنصوصه وقواعده هو الأساس الأول والمرجع لكل نزاع وتخاصم ﴿ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ ذَٰلِكَ خَيۡرٞ وَأَحۡسَنُ تَأۡوِيلًا ﴾[1] والرد إلى الله

(١) سورة النساء: الآية٥٩.

يكون بالرد إلى كتابه، والرد إلى الرسول هو الرد إلى سنته، وتدخل الأدلة الأخرى في الأمر بالرد إليها تبعاً لهما[1]، والأعراف يُرد إليها الناس عند التنازع في بعض الحالات، ولكن يُشترط لقبولها أن لا تخالف النصوص الشرعية، والقواعد المطلقة الثابتة،وشرط القضاء بها أن لا تخالف الأحكام الشرعية[2].

يقول ميارة في كراء الحلي «.... ومنها لمن يكون القول إذا تنازعا في الحلي؛ هل هو للمكتري، أو غيره، أو في قدر الأجرة، أو قبضها، إلى غير ذلك مما يعرض من الأمور، والمعول عليه في ذلك كله: العرف والعادة، ما لم يؤد لممنوع شرعاً، فلا عبرة بالعرف حينئذ، والله أعلم»[3].

و استمع إلى الولاتي رحمه الله يشرح قول ابن عاصم الذي مر معنا، «ومقتضاهما معا مشروع»: «... يعني أن العرف معمول به في الشرع ما لم يخالف دليلاً شرعياً فإنه حينئذ يجب نبذه واعتماد

(١) انظر: أحكام القرآن لابن العربي: ١ / ٥٧٤.
(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية: ٢٦٦-٢٦٧.
(٣) شرح ميارة على العاصمية: ٢ / ١٦٩، وانظر الذخيرة: ٥ / ٣٨٧.

الدليل الشرعي، لأن الشرع حقٌّ والعرف باطلٌ، والشريعة لا تنسخها العادة»[1].

وقال محمد مولود بن أحمد فال اليعقوبي رحمه الله (ت ١٣٢٢ هـ):

**فالعرف إن خالف أمر الباري وجب أن ينبذ في البراري**

**إذ ليس بالمفيد جري العيدِ[2] بخُلف أمر المبدئ المعيدِ**

هذا حيث كانت المخالفة مطلقةً من جميع الجهات؛ بأن يكون لا بد من سقوط العرف إذا عُمل بالنص أو العكس، ففي هذه الحالة يسقط العرف اتفاقاً، أما إذا أمكن الجمع بالتخصيص أو التقييد، أو كان النص المخالَف مبنياً على العرف من أساسه ومعلَّلاً به، أو تُرك النص لأجل العرف استحساناً، فهنا يُعتبر العرف ولا يلغى، لأن التعارض يمكن التخلص منه بما ذُكر، ومثال هذا النوع: إباحة عقد الاستصناع للتعامل به، رغم أنه

(١) نيل السول: ١٩٨.

(٢) جمع عادة، والأبيات من منظومة مخطوطة بحوزتي.

مخالف لقوله ﷺ: «**لا تبع ما ليس عندك**»[1]، وكنهيه ﷺ عن بيع الغرر؛ يعم كل بيع جُهل فيه قدر المبيع، وقد تُرك في شربة السقاء، ودخول الحمام، فإن البيع صحيح رغم جهل القدر للعرف[2].

قال في مراقي السعود في تعريف الاستحسان:

**أو هـو تخصيصٌ بعـرفٍ مـا يعُمْ**

**ورعْي الاستصلاح بعضهم يـؤُمْ**

قـال في الـشرح: «يعنـي أن الاستحسـان عنـد أشـهب هـو تخصيـص الدليـل العـام بالعادة لمصلحـة الناس: كـما إذا أوصى لقرابتـه فالقيـاس دخول الوارث، والاستحسـان عـدم دخوله، وكاستحسـان جواز دخول الحمام من غـير تعيين زمن المكث فيه وقـدر المـاء، فإنه معتاد على خلاف الدليـل، وكذلك الشرب من

---

(١) أخرجه الأربعة من حديث حكيم بن حزام: النسائي (٤/ ٣٩)، وأبو داود(٣/ ٢٨٣)، الترمـذي(٣/ ٥٣٤)، ابـن ماجـه(٢/ ٧٣٧)، قال في تحفـة المحتـاج(٢/ ٢٠٦): «رواه الأربعـة، وقال الترمذي حسـن صحيـح، قال تقي الدين[ ابن دقيق العيد ] في آخر الاقتراح (٣٧٠): وهو على شرط الشيخين».

(٢) انظر الشرح الكبير: ٣/ ٦٠.

السقاء من غير تعيين قدره؛ لأنه غرر يسير معفو عنه، والمضايقة في ذلك بتعيينه قبيحة في العادة»[1].

ولا خلاف أن ما اعتاد الناس اليوم من منكراتٍ وبدعٍ - كالنياحة على الموتى، واختلاط الأجانب وغيرهما- تخالف صريح النصوص، غير معتبر ولا يمكن بناء الأحكام عليه.

**ب- أن يكون العرف مطَّرِداً أو غالباً:**

اشترط الفقهاء لتحكيم العرف أن يكون مطرداً، ومعنى الاطراد أن تكون العادة كليةً، بمعنى أنها لا تتخلف، واشترطوا فيه كذلك أن يكون غالباً والمراد بالغلبة أن يكون العرف منتشراً بين أهله، والعمل به وجريانه بين ذويه واقعٌ في أغلب الحوادث، ولا يتخلف كثيراً[2]، ولا يقدح في ذلك تخلُّفه على وجه الندور، قال الشاطبي: «وإذا كانت العوائد معتبَرَةً شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخرامها، ما بقيت عادة على الجملة»[3].

---

(١) نشر البنود شرح مراقي السعود: ٢ / ٤٩٤.
(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٧٣، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة: ١ / ٢٣٢.
(٣) الموافقات: ٢ / ٥٧٥.

وقد مر معنا تعريف القرافي للعادة بأنها «غلبة معنى من المعاني على الناس»[1]، فالغلبة إذن جزء من ماهية العادة شرط في اعتبارها، وليس المراد بغلبة العرف أو اطراده عمومه إذ العموم غير الاطراد والغلبة؛ فقد يكون العرف منتشراً بين جميع البلاد وقد يكون خاصاً ببلد معين وهو مع ذلك في كلا الحالين مطرد وغالب، فالعرف - عاماً كان أو خاصاً - يشترط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات أن يكون مطرداً وغالباً[2].

وربما عبروا عن الغلبة والاطراد بالانضباط، فيطلبون في العرف حتى يكون صالحاً لأن يُرد إليه الناس أن يكون منضبطاً، لاحظْ هذه الإشارة في سياق الكلام على عدم اشتراط تفصيل العمل في المساقاة، وإرجاعهم ذلك إلى العرف، يسوق المواق[3] ما يلي: «ابن عبد السلام: لعل مراده إن كان العرف منضبطاً، وإلا فلا بد من البيان» فهي إشارة من طرف خفي إلى اشتراط الاطراد في العرف ليكون حكَماً ومرجعاً بين الناس.

---

(١) تنقيح الفصول: ٤٤٨.

(٢) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى أحمد الزرقا: ٢ / ٨٩٨.

(٣) التاج والإكليل: ٥ / ٣٧٥.

وغلبة الأمر واطراده تدخل الأفعال: وهو العرف العملي، وتدخل الألفاظ: وهو العرف القولي، لكن هذا الاشتهار اللفظي له ضابط أشار إليه القرافي في قوله: «لا يكفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك، فإن ذلك نشأ من دراسة المذهب وقراءته، والمناظرة عنه، بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك العصر لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى»[١].

وفي شرط الاطراد وأنه سبب في تحكيم العادة، يقول محمد مولود بن أحمد فال رحمه الله تعالى:

**ولا تقل جرت بذا العوائد وهي محكَّمةٌ إذ تطَّرِدُ**[٢]

وإنما اشتُرطت الغلبة والاطراد في العرف المعتبر؛ لأن بهما يكون تقرُّره بين الناس وتمكنُه من نفوسهم، ووجودهما في أمر قرينة على إرادته من صاحبه عملاً كان أو قولاً، ويدلان على أن ذلك الأمر المتعارف محتاجٌ إليه؛ فيُشرع له من الأحكام ما يناسبه[٣].

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ٢٥٦.

(٢) من منظومة له مخطوطة بحوزتي.

(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٧٤.

وإذا كان الأمر متردداً بين الجري على العادة والتخلف عنها، لم يكن صالحاً للتحكيم والرجوع إليه، كما إذا اختلف العرف فيما يجهِّـز الأب به ابنته عند الزفاف بـين كونه عاريةً أو هبةً، ولم يكن لأحدهمـا بينـةٌ تثبت دعواه، لم يكن هذا العرف المشـترك شـاهداً لواحـدٍ منهما ولا حاكماً لـه؛ لأن الحكم بأحد العرفين ترجيحٌ بلا مرجِّـح، وعندئـذٍ يُرجع إلى الأصل وهو اليمـين فيحلف الأب؛ لأنه المعطـي وهو أدرى بحقيقة ما أعطـى، والعادة لم تطَّرد، فلم تُعتبر من الشارع[1].

**ج- أن يكون العرف سابقاً للنازلة المراد تحكيمه فيها:**

اشـترط الفقهاء في العرف ليُعتبر أن يسـبق العمل به الواقعة التـي يراد ردها إليه، فلا عبرة بالعرف الطـارئ، وأن يكون باقياً سريانه لم يتغير، فإذا تغير رُجع إلى الجديد ولم يعتبر العرف القديم، يقول القرافي: «... أما العوائد الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطـق، ... ونظيره إذا وقع العقـد في البيع؛ فإن الثمن يُحمل على العادة الحاضرة في النقد، وما يطرأ بعد ذلك من العوائد في النقود

(١) سلم الوصول: ٢٤٣، العرف والعادة: ٧٤.

لا عـبرة به في هذا البيع المتقدم، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العوائد عليها لا تعتبر، وإنما يُعتبر من العوائد ما كان مقارناً لها»[1].

فالعـرف المتقـدم مـع اسـتمرار العمل بـه، هو الـذي يفسر إقـرارات النـاس ووصاياهم وعقودهـم، وهو الـذي يُردون إليه عنـد التنازع، فلو تغيرت عادة الناس فيـما يعد عيباً، أو ما يدخل في المبيـع تبعاً، فالمعتبر في ذلك هو عرفهم الجاري به العمل وقت التصرف، دون اللاحق أو القديم المتروك[2].

**د- أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه:**

إن قـوة العـرف تأتي من رضـا المتعاملـين بـه وإقرارهم له، فـإذا صرحا بخلافه؛ دل ذلك عـلى تركهم لذلك العرف، فيبطل العمل به في محل التصريح،فدلالة النطق أقوى من دلالة العرف، وقولهـم إن المعـروف عرفاً كالمـشروط شرطاً مقيدٌ بـما إذا لم يكن

(١) تنقيـح الفصـول: ٢١١، العقـد المنظـوم في الخصـوص والعمـوم: ٢/ ٣٨٦-٣٨٧، ومثله في نشر البنود: ١ / ٢٥٢.

(٢) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٨٥.

تصريح بشيءٍ معينٍ فلا يُعدل عنه، إذ «كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح»[1].

هـذه هي الشروط التي اشـترطها الفقهـاء في العرف ليكون معتـبراً شرعـاً وتُرد إليه مسـائل الناس ويُفصل بـه في أقضيتهم، وهنـاك من زادها شرطاً خامسـاً وهـو أن يكون العـرف ملزِماً، والـذي يظهـر أن الإلـزام هـو النتيجـة الطبيعية لتوفـر الشروط المذكـورة آنفـاً، وهو سـلطان العرف الذي تكلمنـا عنه من قبل، وليس شرطاً في اعتباره[2].

* * *

---

(١) القواعـد لابـن عبـد السـلام: ٢ / ١٧٨.، العـرف والعـادة في رأي الفقهاء: ٨٨.

(٢) انظـر: العرف حجيتـه وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة: ١ / ٢٤٥ـ ٢٤٦، العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٨٦.

## الفرع الثاني: مجالات اعتماد العرف

أما المجالات التي يدخلها العرف ويُعمل به فيها فهي كثيرةٌ، فلا يكاد يخلو منه باب من أبواب الفقه.

فهو يدخل العبادات، ويمثل المرجع في ضبط وتحديد الأمور التي لم يرد من الشارع تحديد لها:

ـ فالموالاة عند من يقول بوجوبها يُغتفر فيها الفصل اليسير، ويحدده العرف.

ـ والمنصرف من صلاته قبل تمامها: كالمسلِّم من واحدة، له أن يرجع ويتمها ما لم يطل الفصل، والطول يحدده العرف.

وهو يدخل المعاملات المالية من بيوع وأكرية وإجارات: فكل مبهَم؛ من نقد أو كالئ، أو نوع التسليم، أو حلول أو تأجيل، يفسره العرف السائد، ويُرد الطرفان إليه، ويدخل في تقييد آثار العقود وتحرير الالتزامات على وفق المتعارف[1].

---

(١) المدخل الفقهي العام: ٢ / ٨٨٣.

ويعمل بالعرف في عقود الأنكحة: فهو الحكم عند التنازع في نوع الصداق أو صفته: من حلول أو تأجيل، وهو المرجع في ألفاظ الطلاق، وتحديد النفقات[1].

وللعرف السلطان المطلق في تفسير ألفاظ الأيمان والنذور والأوقاف، وهو المحدد لها والمرجع في كل نزاع فيها[2]، وقد ذكرت في مطلب إعمال العرف بالرد إليه تطبيقاتٍ كثيرةً توضِّح سعة مجال إعماله في المذهب.

فكثيرٌ من الأحكام والفتاوى في المذهب المالكي مبنيةٌ على العرف، وتدور معه وتتغير بتغيره، ويعمل فيها من حيث الألفاظ، يخصِّص عامّها، ويقيِّد مطلقها، ويبيِّن مجملها، وتؤسَّس عليه في العقود والفسوخ والإقرارات والشهادات والدعاوى[3].

* * *

(١) العرف والعمل في المذهب المالكي: ١٣٠، أمالي الدلالات: ٥٧٩.

(٢) الفروق: ١ / ٧٦.

(٣) إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك: ٣٣٢- ٣٣٥.

# المبحث الثاني
# إعمال العرف في الأحكام والفتاوى وتأسيسهما عليه.

المطلب الأول: إعمال العرف في الأحكام والفتاوى والقضاء به على ظواهر الألفاظ.

المطلب الثاني: تأسيس الأحكام والفتاوى على العرف، والترجيح به.

# المطلب الأول

# إعمال العرف في الأحكام والفتاوى والقضاء به على ظواهر الألفاظ.

الفرع الأول: التخصيص بالعرف.

الفرع الثاني: التقييد بالعرف.

الفرع الثالث: التبيين بالعرف.

# تمهيد

هـذه الملـة عربيـةٌ، ولا يمكـن فهمهـا إلا من جهة اللسـان العـربي، فقد نزلت بلسـان عربي مبين، وفهمها السـليم لا يكون إلا باتباع معهود العرب الأميين في مخاطباتهم، ومراعاة عرفهم في الألفاظ، وقد بيَّن الإمام الشـاطبي رحمه الله تعالى أن عدم الأخذ بذلك موقع في كثير من الشُّـبه والإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة(١).

ولهـذه الأهمية اعتُـبر العرف في تفسـير النصـوص الشرعية وبيـان مدلولاتهـا، لكنـه ربما خالـف مقتضى نص الشـارع، ولا يمكـن الجمـع بينهما، وحينئـذ لا يعتبر ذلك العـرف ويُضرب به عُـرض الحائـط، ومـن ذلك الأعـراف الجاهليـة الفاسـدة، التي كانـت سـائدةً حين مجيء الإسـلام، وقـد تقدم هـذا في شروط اعتبار العرف.

أما إذا أمكن الجمع بين النص والعرف المخالف بصورة ما، بتخصيـص أو تقييـد، فلا يخلو هـذا العرف من أن يكون سـائداً حين ورود النص، أو حادثاً بعد ذلك، وإليك بيان ذلك:

---

(١) الموافقات: ٣/ ٣١٤.

**- العرف السائد حين ورود النص:**

فالعرف الذي كان سائدا حين ورود النص هو خير مفسِّر لما أبهم من ذلك النص،ويعتبر موجِّهاً لألفاظه إلى معانيها المألوفة عند الناس، وهذا العرف المقارن للخطاب مؤثِّرٌ في النصوص تخصيصاً وتقييداً وتبييناً؛ قال في مراقي السعود في الكلام على المخصِّصات المنفصلة:

**واعتبرَ الإجماعَ جلُّ الناسِ**

**وقسمي المفهوم كالقياسِ**

**والعرف حيث قارنَ الخطابا**

**ودعْ ضميرَ البعض والأسبابا**

قال في الشرح: «قال في التنقيح: وعندنا العوائد مخصصةٌ للعموم، قال الإمام: إن عُلم وجودها في زمن الخطاب، وهو متجه»(١).

---

(١) نشر البنود على مراقي السعود: ١ / ٢٥٢.

ويمثلون للعرف المقارن لورود النص بحديث معمر رضي الله عنه قال: كنت أسمع النبي ﷺ يقول: «**الطعام بالطعام مِثلاً بمثل**»، وكان طعامنا يومئذ الشعير[١].

فالشعير هو العرف العملي حين أعلم رسول الله ﷺ الصحابة باشتراط المماثلة في الطعام، ومن يرى أن علة الطعام غير الطعم؛ خصص عموم الطعام في هذا الحديث بالشعير، للعرف المقارن للخطاب[٢].

ومن العلماء من لم ير عرف المخاطب عند ورود النص مؤثِّراً في ذلك النص، ولم يُقم له أي وزن، وإشارة إلى هذا الاختلاف قال ابن رشيق المالكي (ت: ٦٣٢هـ) رحمه الله: «واختلفوا في عادة المخاطَب هل يخصَّص بها، كما لو كان عادة الأمة تناول طعام خاص في يوم خاص، فقال: حرمت عليكم الطعام، فهل يختص هذا التحريم معتادهم؟»[٣].

---

(١) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب بيع الطعام مثلا بمثل، برقم: ١٢١٤.
(٢) مذكرة أصول الفقه لمحمد الأمين الشنقيطي: ٢٢٠.
(٣) لباب المحصول في علم الأصول: ٢ / ٥٨٦.

- **وإن كان العـرف حادثاً بعد ورود النص**: فلا يُعتبر خلافه لـه، ولا يؤثِّـر فيه، بل العبرة بدلالة النـص، فقد نص العلماء على أن نصوص الشريعة لا يخصصها من العوائد إلا ما كان مقارناً لها في الوجود عند النطق بها، أما الطارئة بعدها فلا تخصصها[1].

يقـول القـرافي في الكلام عـلى التخصيص بالعـادة: «وبهذه القاعدة لا تخصص حديثاً نبوياً، ولا آيةً في كتاب الله بعادةٍ إلا إذا كانت موجـودةً في زمنه عليه الصلاة والسـلام، وكذلك لا تقيد بها إلا إذا كانت كذلك»[2].

وهذا مذكورٌ في شروط اعتبار العادة عموماً كما مر.

وأمـا الأحـكام الشرعية التـي مرجعها الاجتهـاد، فالعرف حاكـمٌ على ألفاظهـا، فالعـرف مقدَّمٌ عـلى اللغة وقـاضٍ عليها، والحقيقة اللغوية تقدم عليها الحقيقة العرفية التي هي: «أن يغلب إطلاق لفظٍ واسـتعماله في معنىً حتـى يصير هو المتبادر من ذلك

---

(١) نشر البنود على مراقي السعود: ١ / ٢٥٢.

(٢) العقد المنظوم في الخصوص والعموم: ٢ / ٣٨٧.

اللفظ عند الإطلاق، مع أن اللغة لا تقتضيه»[١]، وهذا ما يسمى أيضا بالعرف القولي وقد مرت الإشارة إليه في أقسام العرف.

وأما إذا كان المعنى الحقيقي للفظٍ لم يُهجر، بل ما زال فيه استعمالٌ، والمعنى المتعارف أشهر استعمالاً وأكثر، فاختُلف أيهما يُقدَّم، وهو ما أشار إليه الولاتي بقوله:

**وإن يعارِض مقصدٌ لفظاً ففي تقديم ذا وذاك خلفٌ قد قُفي**

قال في الشرح: «يعني أن المقصد العرفي أي المعنى الجاري العرف بتوجه قصد الناس إليه غالباً، إذا تعارض مع ظاهر اللفظ لغة، ففي المقدم منهما خلاف مقفوٌّ، أي متبع»[٢].

وإذا هُجر المعنى الأصلي وحل الاستعمال العرفي محله، فهنا تقدم هذه الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية.

والقائلون بتقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية يتفقون على تقديم العرف القولي على المعنى اللغوي وتأثيره

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ٢٢٠-٢٢١.

(٢) الدليل الماهر الناصح بشرح المجاز الواضح في قواعد المذهب الراجح: ٢٣٩.

فيـه، ومنهـم من قصر هذا التأثير على العـرف القولي فقط، ونفى أي تأثـير للعـرف العمـلي قال القرافي رحمـه الله مُبيِّنـاً هذا الأمر: «..وتحريـره أن العـرف القولي يؤثـر في اللفظ اللغـوي تخصيصاً وتقييـداً وإبطـالاً، وأن العـرف العملي لا يؤثـر في اللفظ اللغوي لا تخصيصـا ولا تقييـدا ولا إبطالا لعـدم معارضة الفعل وعدمه لوضـع اللغة، ومعارضة غلبة اسـتعمال اللفظ في العرف للوضع اللغوي، وقد حكى جماعة من العلماء الإجماع في أن العرف الفعلي لا يؤثر بخلاف العرف القولي»[1].

فالقـرافي يـرى أن تأثير العرف يكتسـبه مـن معارضة وضع اللغـة، بـأن يزاحـم الاسـتخدامُ العرفي لكلمـةٍ ما معناهـا الذي وضعـت لـه في اللغة، وهو مـا يتحقق في العرف القـولي، فتهجر الكلمـة معناهـا الوضعي «اللغـوي» وتحمل عـلى معناها العرفي الجديـد، «فمثل هذا النقل العرفي يقدَّم عـلى موضوع اللغة، لأنه

(١) الفـروق، الفرق الثامن والعشرون بين قاعـدة العرف القولي يقضى به عـلى الألفاظ ويخصصها، وبين قاعدة العـرف الفعلي لا يقضى به على الألفاظ ولا يخصصها: ١ / ٣٨١-٣٨٢.

ناسخ للغة، والناسـخ مقدم على المنسوخ، وهذا هو معنى قولنا: إن الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية»[1].

أمّـا العـادة العمليـة أو «العـرف العمـلي» فهـو وإن كثـر به اسـتعمال اللفظـة في بعـض أنواعهـا دون بقيتهـا، «فلفـظ الخبـز يصـدُق لغة على خبـز الفول والحمـص والبُر، وغـير ذلك، غير أن أهـل اللغة إنما يسـتعملون الأخير في أغذيتهـم دون الأولين، فوقوع الفعل في نوع دون نوع لا يخل بوضع اللفظ للجنس كله، فـإن ترك مسـمى لفظٍ لم يبـاشَر لا يُخل بوضع اللفظ لـه»[2]، فلا سـبيل له إلى معارضة الوضع اللغوي للكلمة، فلم يكن ليؤثر في لفظها، ولا ليصلح ناسخا لها، في رأي القرافي.

والذيـن أثبتوا للعرف العملي تأثيراً في اللفظ اللغوي لم يروه مخـلا بوضع اللفظ، بـل قالوا: إنه يبـين المراد مـن اللفظ ويقصُر حكمـه على بعض أفـراده، أما وضعُـه لمعناه وتناولُه أفـراده فإنه باقٍ لم يُمس[3].

---

(١) الفروق: ١ / ٣٨٠-٣٨١.

(٢) الفروق: ١ / ٣٨١.

(٣) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ١٦٤.

وأما حكايته الإجماع فمنازَعٌ فيه، لما يأتي من نقول عن علماء من المذهب، ولما تقرر عند الأحناف من تخصيص العام بالعرف العملي[1].

ومحققو المذهب على خلاف ما ذهب إليه القرافي، يقول الولاتي: «فكل ما تدخل فيه العادة: أي عادة العوام القولية والفعلية من الأحكام الشرعية فهي عاملة فيه، أي محكَّمة فيه: تخصصه إن كان عامّاً، وتقيده إن كان مطلقاً، وتبينه إن كان مجملاً»[2].

وقد « ذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعليّاً،ونقل الوانوغي عن الباجي أنه صرح بأن العرف الفعلي يعتبر مخصصاً ومقيداً، قال وبه يرد ما زعمه القرافي، وصرح اللخمي باعتباره أيضاً، وفي القلشاني لا فرق بين القولي والفعلي في ظاهر مسائل الفقهاء »[3].

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ١٦٤.

(٢) إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك: ٣٣٣-٣٣٤.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ١ / ١٤٠، وهذا مذهب الأحناف أيضا، خلافاً للشافعية، انظر: التقرير والتحبير:١/ ٣٥٠.

فالعرف بقسميه: القولي والعملي عامل في نصوص الأحكام ومؤثـر فيها، في المذهب المالكي، وهذه أمثلة على ذلك من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

**الفرع الأول: التخصيص بالعرف:**

- **قوله سـبحانه وتعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ ﴾**[١] تضمنت حكما عاما بوجوب الإرضاع على الوالدات، خصص منه المالكية عالية القدر الشريفة فلم يروا الإرضاع واجباً عليها[٢].

- **ومنـه قولـه تعـالى: ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ﴾**[٣] «ولفظ الأبد عام في الأزمنة المسـتقبلة، والعوائد دلت على أن الإنسان لا يعيـش أبدا، وأن هذا القاذف لا بـد أن يموت؛ فتخصصه العادة فنقول: المراد بالأبد مدة الحياة»[٤].

- **قـال الباجي: «قوله** [ أي السـائل ]: **«ما يحل لي من امرأتي**

---

(١) سورة البقرة/ من الآية ٢٣٣.

(٢) أحـكام القـرآن: ١ / ٢٧٥، وانظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٣ / ١٦١، الفواكه الدواني: ٢/ ٦٥.

(٣) سورة النور: من الآية: ٥.

(٤) العقد المنظوم في الخصوص والعموم: ٢ / ٣٨٦.

**وهي حائض**»، وإن كان عاماً فهو خاص بالاستمتاع بالوطء لأنه إذا وقع السؤال على عين من الأعيان انصرف بالعرف والعادة إلى المنافع المقصودة منها، والمقصود من المرأة الاستمتاع والوطء، فكان السؤال عن ما يحل من وطئها في حال حيضها، لما علم أنه ممنوع من وطئها في الفرج، لقول الله تعالى: ﴿**وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ ۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ**﴾»[1].

– **في حضور المتزوج حديثاً للجمعة والجماعات**، يقول القرافي: «قال ابن يونس: قال مالك: ولا يتخلف العروس عن الجمعة والجماعات، وقيل يتخلف عن الجماعات دون الجمعة، لأنها فرض. قال اللخمي: والعادة اليوم عدم الخروج للصلاة والحاجات، وأرى التزام العادة؛ لأن على المرأة معرة في ذلك عند النساء» فخص العروس لأن العادة بقاؤه مع المرأة، وتلحقها بخروجه معرة[2].

– **ألفاظ الأيمان يخصصها العرف ويقصُرها على بعض مشمولاتها**، مثل «حمْل يمين من حلف أن لا يركب دابة على

(١) المنتقى شرح الموطأ: ١ / ١١٦-١١٧.

(٢) الذخيرة: ٤/ ٤٦٢ .

ذوات الأربع؛ فلا يحنث بركوب غيرها من كل ما يدب على وجه الأرض، كما إذا ركب نعامة، أو إنساناً، مع أن لفظ الدابة لغة يشمل ما ذُكر، ولكن خصصته العادة القولية»[1] لأنه «إذا فُقدت النية والبساط تُوُصِّل إلى مراد الحالف من لفظه، والمشهور أنه يُحمل على العرف القولي أولاً، ابن عبد السلام: لأنه غالبُ قصدِ الحالف، ولأن كل متكلم بلغة يجب حمل كلامه على المعنى الذي يستعمل أهل تلك اللغة فيه ذلك اللفظ »[2]، وقد قدَّمنا أن الراجح في المذهب المالكي تساوي العرفين العملي والقولي في التأثير في النصوص.

- **والثمرة المؤبَّرة التي هي للبائع إن لم يستثنها المشتري؛** تُبقَّى إلى وقت الانتفاع المعتاد بها، ولا يكلفه المشتري قطعها في الحال، فهي في التبقية مخصَّصةٌ بالعرف والعادة، ومقتضاهما مقدم هنا على مقتضى العقد[3].

---

(١) إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك: ٣٣٦.

(٢) مواهب الجليل: ٣/ ٢٨٧، الاعتصام:٢ / ١٤١.

(٣) الذخيرة: ٥/ ١٨٣، أضواء البيان في تفسير القرآن بالقرآن: ٢/ ٢٧١.

- **وفي عقد الوكالة**، إذا كان لفظ الموكِّل عاماً، فإنه يتخصص بالعـرف؛ كـما إذا قال لـه وكلتك عـلى بيـع دوابي، وكان العرف يقتضي تخصيص بعض أنواعها فإنه يتخصص به[1].

- **وكذلـك إذا كان لفـظ الوكالـة عامـاً**، مفوِّضـا الوكيـل التصرف دون قيدٍ، نصَّ العلماء على أنه يُسـتثنى من ذلك بيع دار السـكنى، وبيع العبد، وزواج البكر، وطلاق الزوجة؛ إذ العرف قـاضٍ بـأن ذلـك لا يندرج تحـت عمـوم التفويض، وإنـما يفعله الوكيل إذا وقع النص عليه[2].

- **ونفقـة العبـد المخـارَج على زوجتـه من مالـه لا من فضل** خراجـه،إلا بإذن ربه أو عادةٍ بذلك، قال خليل: «ونفقة العبد في غير خراجٍ وكسْبٍ إلا لعرف»[3].

**الفرع الثاني: التقييد بالعرف:**

- **مـن ذلـك في شروط ربـح القـراض** إن لم يسـمِّيا الربـح

---

(١) شرح الدردير لمختصر خليل: ٣/ ٣٨١.
(٢) شرح ميارة للتحفة:١/ ٢١٠ .
(٣) التاج والإكليل في شرح مختصر خليل: ٣/ ٤٥٧.

«وتصادقـا عـلى ذلك، أو قال: لـك شِركٌ ولم يسـمِّه، فله قراض مثله تنزيلاً للإطلاق على ما قيده العرف »[1].

- **وفي الوكالـة** إذا كان المـوكَّل عليـه مطلقاً، كـما إذا قال له: اشـتر لي عبداً فإنه يتقيد بالعرف إذا كان العرف يقتضي تقييده بما يليق به، قال الشـيخ خليل بن إسحاق في مختصره، في الكلام على لفظ الوكالة: «وتَخصَّص وتقَيَّد بالعرف»[2].

- **وفي ألفاظ الأيمان** يقيِّد عرفُ الحالف لفظَه المطْلَق، فيُحمل عـلى عرفه، بـأن يكون العرف هو الذي ينـصرف إليه القول عند الإطلاق كاختصـاص الدابة عندهم بالحمار، والمملوك بالأبيض والثوب بالقميص، فمن حلف لا يشـتري ما ذُكر مثلا فاشـترى فرسـاً، أو أسـود، أو عمامةً، فلا يحنث، ويستوي في ذلك العرف العملي والقولي على الصحيح كما تقدم[3].

---

(١) الذخيرة: ٦ / ٣٨.
(٢) شرح الدردير لمختصر خليل: ٣ / ٣٨١، المختصر: ٢١٦.
(٣) شرح الخرشي لمختصر خليل: ٣ / ٦٩، حاشية الدسوقي: ٢ / ١٤٠.

**الفروع الثالث: تبيين المجمل بالعرف:**

القاعدة كما أسلفت أنَّ كل لفظٍ مجمَلٍ من يمينٍ أو طلاقٍ أو إقرارٍ، فإن بيانه بما تعارفه أهل مكان صاحب ذلك اللفظ، وما اشتهر في زمانه، وهذا هو ما أشاروا إليه بقولهم: إن عادة المتكلم حاكمة على لفظه، تخصصه إن كان عامّاً، وتقيده إن كان مطلقاً، وتبينه إن كان مجملاً[1].

وقد يتدخل العرف في ترجيح أحد مجازات اللفظ، فينتفي الإجمال بعد احتماله؛ حين يتجه التحريم والتحليل إلى أعيانٍ، كقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾[2]، فقد بين العرف أن المقصود بالتحريم هو الاستمتاع[3]، يقول الشاطبي رحمه الله: «اعتبار ما يُقصد بالأصالة والعادة هو الذي جاء في الشريعة القصد إليه بالتحريم والتحليل: كشراء الخمر للشرب،

(١) إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك: ٣٣٤.
(٢) النساء: من الآية ٢٣.
(٣) تنقيح الفصول في اختصار المحصول: ٤٤٨.

والميتة للأكل، وذلك الغالب المعتاد عند العرب الذين نزل القرآن بلغتهم؛ ولذلك حُذف متعلق التحريم والتحليل»[1].

وكما أُعمل العرف في ألفاظ الأحكام والفتاوى كان له تأثيرٌ كبيرٌ في مضمونها؛ تجلى في تأسيسهما على جاري العادات ومستقر الأعراف، وتدخَّل فيهما ترجيحاً وشهادة، كما سيأتي.

* * *

(١) الموافقات: ٣ / ١٦٨، وانظر الإبهاج في شرح المنهاج: ٥/ ١٥٦٧، فروق القرافي: ١ / ٣٧٧، وأصرَّ بعض العلماء على أنه من المجمل، وقد اعتبر القرافي إضافة التحريم إلى الذوات من العرف القولي في المركبات، وتقدمت الإشارة إلى ذلك في التوطئة عند الكلام على أقسام العرف.

## المطلب الثاني

## تأسيس الأحكام والفتاوى على العرف، والترجيح به.

الفرع الأول: تأسيس الأحكام والفتاوى على العرف.

الفرع الثاني: الترجيح بالعرف وشهادته في الأحكام والفتاوى.

يتنـاول هـذا المطلب مسـألتين مهمتين، يظهر فيهما سـلطان العرف وقـوة تأثيره: بناء الفتاوى والأحـكام الفقهية في المذهب المالكي على أعراف الناس وعاداتهم، ودورانها مع تلك العادات وجـوداً وعدمـاً، وتدخُّـل العـرف في النصـوص والدعـاوى بالترجيح والشهادة.

وسـأفرد كل مسـألة بالكلام عليها، في فرعٍ مستقل مع بسط القول فيه:

**الفرع الأول: تأسيس الفتاوى والأحكام على العرف:**

إن مقصـد الشريعـة الأعظم هو حفظ مصالـح الخلق ودرء المفاسـد عنهـم؛ ولأجل ذلك راعـت العرف لما يلبـي من حاجة النـاس، ومـا يوفـر لهـم مـن الاسـتقرار والانسـجام بسـبب ما يجـدون فيه من الألفة والاعتياد، وضبطت تلك المراعاة بضوابط تحفـظ لهـا البعد عـن الزيغ وتخبُّـط الأهـواء، وتميز حـدود ذلك الاعتبار ومجالاته.

ولما كان المفتي والقاضي هما الموقِّعان عن الشارع، المبيِّنان عنه، وإليهما يرجع الناس في النوازل والمنازعات، جُعل من أهم ما يحتاجان إلى معرفته، بعد العلم الشرعي، العرف المستقر في ذلك البلد محل النظر؛ وما جرى به عمله، والذي تعارفه أهله في ألفاظهم؛ ولذلك «ينبغي للمفتي إذا ورد عليه مُستفتٍ لا يعلم أنه من أهل البلد الذي منه المفتي، وموضع الفتيا أن لا يفتيه بما عادته يفتي به حتى يسأل عن بلده، وهل حدث لهم عرفٌ في ذلك البلد في هذا اللفظ اللغوي أم لا؟ وإن كان اللفظ عرفيّاً؛ هل عرفُ ذلك البلد موافق لهذا البلد في عرفه أم لا؟ وهذا أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء، وأن العادتين متى كانتا في بلدين ليستا سواء أن حكمهما ليس سواء»(١).

وعقَد النابغة الغلاوي هذا الأصل بقوله(٢):

**... لذاك قالوا من أتى مستفتِيا**

**سئل عن عادته فأُفتيا**

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام: ٢٣٢، تبصرة الحكام: ٢/ ٦٤-٧٢، الفروق: ١ / ٣٨٧.

(٢) نظم بوطليحية: ١٣٠.

بما اقتضته عادةُ المستفتي

وإن يكن خالَفَ عُرفَ المفتي

فعلى المفتي عند كل نازلة أن يتعرف على العادة الجارية في بلد المستفتي، ويتأكد من عدم تغيرها، ولا يمكنه أن يحمل المستفتي على غير عرفه، حتى ولو كان عرفَ بلد المفتي، فالاشتراك في العادات غيرُ واقعٍ، تأمَّلْ مثلاً ألفاظ الطلاق كالحرام والخَلِيَّة والبَرِيَّة[1]، يصيرِّها عرف الناس باستعمالها بينهم لإفادة الطلاق صريحةً فيه لا تحتاج إلى نية، فإذا كانت الفتوى في بلد هذا العرف على أن هذه الألفاظ من صريح الطلاق، فالمفتي «لا يحل له أن يفتي أحداً بالطلاق حتى يعلم أنه من أهل بلد ذلك العرف الذي رُتبت الفتيا عليه، فإن كان من أهل بلد آخر ليس فيه ذلك العرف، أفتاه بحكم الله تعالى باعتبار حال عرف بلده من صريح أو كناية،... فإن العوائد لا يجب الاشتراك فيها بين البلاد خصوصاً البعيدة الأقطار»[2].

(١) كقول المطلق: زوجته حرام، أو خَلِيةٌ، أو بَرِيةٌ، وقد اعتاد بعض الناس، في بعض البلاد قديماً، التعبير بهذه الألفاظ عن طلاق المرأة.
(٢) فروق القرافي: ٣ / ٢٨٣.

وهذه المعرفة بالعرف وعادات الناس، أو ما يسـميه البعض «معرفة الزمـان» أو «فقه الواقع»، تلزم المجتهدَ كلزومها للمفتي والقـاضي، فالجميـع مُنشـئٌ لحكـمٍ، أو فاصل في نـزاع، وميدان تصرفهـم واحـد؛ وهو المجتمـع، فما جرى بـه العمل فيـه محكَّم فيـما يرجع إليه، ولـن يُغني عـن معرفة العادات إتقـانُ نصوص الأحكام، حتى تُعرض على الواقع وتُكيَّف معه، ويسـتعين بأهل الخبرة، وهذا أمر كما قال القرافي: «لا اختلاف فيه بين العلماء».

اسـمع إلى ابـن عابديـن الحنفـي وهـو يؤكد هـذه الحقيقة: «... لا بـد للحاكـم من فقهٍ في أحكام الحـوادث الكلية، وفقهٍ في نفـس الواقـع وأحوال النـاس؛ يميز بـه بين الصـادق والكاذب والمحق والمبطـل، ثم يطابق بين هذا وهذا؛ فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع، وكذا المفتي الذي يفتي بالعرف لا بد له من معرفة الزمان وأحوال أهله، ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام، وأنه مخالف للنص أو لا، ولا بد له من

التخرج على أستاذ ماهر، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل فإن المجتهد لا بد له من معرفة عادات الناس فكذا المفتي»[1].

ولعل المالكية حين اشترطوا في القاضي أن يكون بلديّاً، ليعرف الناس والشهود والمقبولين من الشهود وغيرهم[2]، عَنَوْا بقولهم «ليعرف الناس» معرفة أحوال الناس وعاداتهم، ومقاصدهم في ألفاظهم، والمفتي اليوم ليس بِدعاً من المفتين؛ فيجب عليه أن يكون مطلعا على ما يجري في الأسواق والبورصات من معاملات، ويطلع على عادتهم في البيع والشراء، من قبضٍ وحوزٍ، وغير ذلك، وعليه بعد تحصيل العلم الشرعي أن يصحب المجرِّبين حتى تحصل لديه ملكة الإفتاء، التي هي دربةٌ وهيئةُ نفسٍ، زائدةٌ على المحفوظ العلمي، يقول ابن عابدين: «... لو أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا، لابد له أن يتَّلمذ للفتوى حتى يهتدي إليها؛ لأن كثيراً من المسائل يجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة»[3].

---

(١) نشر العرف: ٢ / ١٢٧.
(٢) شرح ميارة على تحفة ابن عاصم: ١ / ١٣.
(٣) نشر العرف: ٢/ ١٢٧.

ولْيعـرف أن النصـوص الشرعية المراد تكييفهـا مع الواقع، أو مواكبتهـا للعـادة، هـي النصوص التـي مرجعهـا العرف، أو هـي معللةٌ بـه، أما النصـوص العامـة الثابتة كنصـوص الأوامر والنواهـي فلا تتأثـر بالعرف، ففي النصـوص الفقهية المبنية على العادة،كألفاظ الأيمان التي روعيت في محاملها العادة، «يجب على المفتي السـؤال عن عرف بلـد الحالف، ويعمل بعـرف بلده ولو خالف المسـطور في الكتب،وأما الأحكام المنصوصة عن الشارع كتحريم الخمر والزنا، وغير ذلك، فلا ينظر إلا لما ورد عن الشارع ولو خالف العرف والعادة؛ لأنها من العوائد الفاسـدة، والعرف لا يُعوَّل عليه إلا فيما هو مبني على العرف»[١].

وإنـما كانت هـذه الأعراف فاسـدةً لعدم موافقتهـا للشرع؛ إذ فسـاد العـرف وصلاحـه - كـما مـر - مقيسٌ بمخالفـة الشرع وعدمها.

فالعـرف الـذي توفـرت فيـه شرائـط الاعتبـار هو مسـتنَد الفقيـه - مفتيـاً كان أو قاضياً - في الحكم بين النـاس، وتبليغهم

(١) الفواكه الدواني: ١ / ٤١٨.

حكم الشرع، وهو مرجعه لفهم ما أُبهم أو أُطلق من ألفاظ الخلق وتعبيراتهم.

ولما كانت الفتاوى والأحكام تُبنى على العادة السائدة كان من الضروري أن تتغير بتغيرها، سواء كان ذلك التغير زمانياً؛ بتبدل العصر، أو كان مكانياً؛ باختلاف البقاع.

**- تغيُّر الأحكام بتغير الأعراف:**

مصلحة الناس هي الحكمة التي لأجلها يُشرع حكمٌ معين في حالٍ خاصة، سواء كانت تلك المصلحة لجلب منفعةٍ أو تكميلها، أو دفع مفسدةٍ أو تقليلها، فوجب لذلك أن يتغير الحكم كلما تغيرت تلك العلة؛ لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وقد أكد هذا الأصل النابغة الغلاوي في نظمه المشهور بقوله[1]:

**وكل ما انبنى على العرف يدورْ**

**معْه وجوداً عدماً دورَ البدورْ**

---

(١) نظم بوطليحية: ١٢٩-١٣٠.

**فاحذر جمودك على ما في الكتُبْ**

**فيما جرى عرفٌ به بل منه تُبْ**

**لأنـه الـضـــلال والإضـــلالُ**

**إذ قد خلت من أهلها الأطـلالُ**

**فـكـل مـا في الشرع فهو تـابعُ**

**إلى الـعـــوائـد لها مُـجـــامعُ**

**فما اقـتـضـتـه عـادة تجـددتْ**

**تـعـيَّن الحـكـم بــه إذا بــدتْ**

**وهـذه قاعـدةٌ فيها اجـتـهـدْ**

**كــلٌّ وأُجمـع عـلـيـهـا للأبـدْ**

فربما جدَّت أعرافٌ لحاجة ناشئةٍ، تنتقـل بموجبها مصلحة الناس، وتنقطع المناسبة بين الحكم وتلك الحالة الجديدة، فيجب الحكـم في هـذه الحالات المستجدة بـما يناسبها، «لأن الأحكام المترتبـة عـلى العوائد تـدور معها كيفـما دارت، وتبطـل معها إذا بطلت، ... وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى طول الأيام، فمهما

تجدد العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تحمل على المسطور في الكتب طول عمرك»[(١)].

ولهذه العلة - تغيُّر الحكم لتغيُّر الحال - قال الإمام مالك رضي الله عنه: «تحدُث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا»، وعلق الزرقاني: «ومراده أن يُحدثوا أحوالاً تقتضي أصول الشريعة فيها غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر، وقال عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أقضية على قدر ما أحدثوا من الفجور»[(٢)].

ومقولة الإمام هذه لم يُرد منها رضي الله عنه نسخ حكمٍ، بل المجتهد في هذه الحالة ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب[(٣)].

ويفصِّل القرافي رحمه الله تعالى القول في هذه المسألة قائلاً: «إن إجراء الأحكام التي مُدركها العوائد مع تغيُّر تلك العوائد، خلاف الإجماع وجهالةٌ في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتْبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغيُّر العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين

---

(١) الفروق للقرافي: ١ / ٣٨٦.
(٢) شرح الزرقاني للموطأ: ٤ / ٢٠٤.
(٣) فروق القرافي: ٢ / ٥.

حتى يُشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدةٌ اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد»[1].

وكما تتغير الأحكام بتغير العادة زمانياً، تتغير بتغير العادة لاختلاف البقاع، فللزمان والمكان هنا تأثير في الحكم الشرعي، إذ هما مداره في الأصل، فلذلك - يقول القرافي - لو خرجنا إلى بلد آخر، «عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه أفتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وكذلك إذا قدِم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي كنا فيه؛ لم نُفتِه إلا بعادة بلده دون عادة بلدنا»[2].

فالنظر في الحكم إلى ما يقتضيه تجدُّد العادة، ليس كما رأيت من الاجتهاد ذي الأهلية والشرائط، وإنما هو اجتهاد رأي، كما يرى الجصاص[3]، أو اجتهادٌ عرفيٌّ، في نظر الماوردي والقرافي؛ اللذين يميزان بين نوعين من الاجتهاد: شرعي وعرفي؛ «والفرق بين الاجتهادين أن الاجتهاد الشرعي ما روعي فيه أصل ثبت

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ٢١٨، الذخيرة: ١٠ / ٥٣.
(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ٢١٩.
(٣) أحكام القرآن: ١ / ١٤٣.

حكمـه بالـشرع، والاجتهـاد العـرفي مـا روعـي فيه أصـل ثبت حكمه بالعرف، ويوضح الفرق بينهما بتمييز ما يسوغ فيه اجتهاد المحتسب مما هو ممنوع الاجتهاد فيه»[1].

ولتقريـر هذا الأصـل وتوضيحه، يسـوق القـرافي رحمه الله تعـالى أمثلـةً وتطبيقاتٍ لتغـير الحكم بتغير العـرف، فيما كان من الأحكام مبنياً على العرف أو معللاً به[2]:

١ - **المعامـلات إذا أُطلـق فيها الثمن**: أجمعـوا على أنه يُحمل عـلى غالب النقـود، فإذا كانت العـادة نقداً معينـاً حملنا الإطلاق عليـه، فـإذا انتقلت العـادة إلى غيره عيَّنـا ما انتقلت العـادة إليه، وألغينا الأول، لانتقال العادة عنه.

٢- **الإطـلاق في الوصايـا والأيـمان** وجميـع أبـواب الفقـه المحمولـة عـلى العوائـد، إذا تغيرت العـادة تغـيرت الأحكام في هذه الأبواب.

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي: ٦٣٩، الذخيرة: ١٠/ ٥٣.
(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام:٢١٩، وانظر الفروق له: ٣/ ٢٧٠-٢٨٤.

٣- **الدعاوى** إذا كان القول قول من ادعى شيئاً لأنه العادة، ثم تغيرت العادة: لم يبق القول قول مدعيه، بل ينعكس الحال.

٤- **تنازع الزوجين في قبض الصداق بعد الدخول**: فما روي عن مالك من أن القول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض، قال القاضي إسماعيل البغدادي(ت ٢٨٢هـ): «هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتهم على خلاف ذلك، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد».

٥- **ما في المدونة** أن الرجل إذا قال لامرأته: أنتِ علي حرام، أو خلية، أو برية، أو وهبتك لأهلك: يلزمه الطلاق الثلاث في المدخول بها، ولا تنفعه النية أنه أراد أقل من الثلاث، «وهذا بناءً على أن اللفظ في عرف الاستعمال اشتهر في إزالة العصمة، واشتهر في العدد الذي هو الثلاث، وأنه اشتهر في الإنشاء للمعنييْن، وانتقل عما هو عليه من الإخبار عن أنها حرام، لأنه

لو بقي على ما يدل عليه لغةً لكان كذباً بالضرورة، لأنها حلال له إجماعاً، فالإخبار عنها بأنها حرام كذبٌ بالضرورة»[1].

فالعـرف نقـل هذه الألفـاظ في ذلك العـصر - عصر الإمام مالـك - إلى: إزالـة العصمـة، والإنشـاء، وإفـادة الثـلاث، وقد تغير العرف، ولم يبق استعمال الناس لهـذه الألفاظ لقصد المعاني السابقة.

يقـول القـرافي: «فأنت تعلـم أنك لا تجد الناس يسـتعملون هـذه الصيغ المتقدمـة في ذلك، بل تمضي الأعمار ولا يُسـمع أحد يقـول لامرأته إذا أراد طلاقها: أنـت خلية، ولا وهبتك لأهلك، ولا يسـمع أحـد أحـداً يسـتعمل هذه الألفـاظ في إزالـة عصمةٍ ولا في عـدد طلاقـات، فالعـرف حينئـذ في هذه الألفـاظ منتفٍ قطعـاً، وإذا انتفـى العرف لم يبق إلا اللغـة، لأن الكلام عند عدم النية والبساط.

واللغـة لم توضع فيها هـذه الألفاظ لهذه المعـاني التي قررها مالـك في المدونة بالضرورة. ولا يدعي أنها مدلول اللفظ لغةً إلا

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ٢٢٢-٢٢٣.

مـن لا يدري اللغة، وإذا لم تُفد هـذه الألفاظ هذه المعاني لغةً ولا عرفاً، ولا نيةً ولا بساطاً، فهذه الأحكام حينئذ بلا مستند، والفتيا بغير مستند باطلة إجماعاً، وحرام على قائلها ومعتقدها»[١].

ثم يبين القرافي أن لفظة «الحرام» في عرف أهل عصره لإزالة العصمة خاصة دون عدد، وهي مشتهرة في ذلك بخلاف ما ذُكر معها مـن الألفاظ، فيُفتى فيها بطلقة رجعية، وينوَّى فيما ذُكر معها، فإن لم تكن له نية ولا بساط لم يلزمه شيء لأنها من الكنايات الخفية[٢].

وما أحوج مفتي الأمة اليوم إلى هذا النظر المراعي للعرف، والمعتبِر لاختلاف الأحكام باختلاف الزمان والمكان، فينبغي معرفة عرف أهل هذه البلاد في الأيمان والطلاق ومراعاة استعمالاتهم اللفظية، وعدم حشر الفتوى في قوالب المتقدمين، وأسْرها بأحكام وليدة أعراف تغيرت وتغير أهلها، فلكل قومٍ عرفٌ، ولكل أرضٍ عادة، والاشتراك في الأعراف غير واقع، وقد

(١) الإحكام: ٢٢٣-٢٢٥، الفروق: ٣/ ٢٨٢-٢٨٣.
(٢) الإحكام: ٢٢٥.

يُستقبح عند قوم ما لا يُستقبح عند آخرين؛ قال الشاطبي رحمه الله تعالى متحدثاً عن العادات: «... والمتبدلة منها ما يكون متبدلاً من حُسن إلى قُبح، وبالعكس، مثل كشف الرأس: فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع فهو لذوي المروءات قبيح في البلاد المشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف لاختلاف ذلك؛ فيكون عند أهل المشرق قادحاً في العدالة، وعند أهل المغرب غير قادح»(1).

ومنعُ بيوع الآجال في المذهب المالكي لتهمة المتبايعين باشتراط أن البائع يشتري السلعة التي باع، «ويستند في تلك التهمة إلى العادة.... وهَبْ أنَّ تلك العادة وُجِدت في قوم في المائة الثالثة بالمدينة أو بالحجاز، فلِمَ قلتم إنها وُجدت بالعراق والمغرب في المائة السابعة؟» ويضيف ابن عبد السلام: «وأنا أتوقف في الفتيا في هذا الباب وفيما أشبهه من الأبواب المستندة إلى العادة بما في الكتب، لأن الذي في الكتب من المسائل لها مئون

(1) الموافقات: 2 / 284.

من السـنين، وتلـك العوائد التي هي شرط في تلـك الأحكام لا يُعلم حصولها الآن، والشك في الشرط شكٌّ في المشروط»[1].

**حكم تغير الأحكام بتغير العرف:**

حكى القرافي الإجماع على وجوب تغير الأحكام لتغير العادة كـما مر، وجعل ذلك من القواعـد الثابتة فقال: «قاعدةٌ كل حكم مرتَّـب على عرف وعـادة يبطل عنـد زوال تلك العـادة كإيجاب النقـود في المعامـلات، والحنـث بالأمـور المتعارفـات، وصفات الكـمال والنقص في عيـوب البياعات، تعتبر في ذلـك كله العادة إجماعـاً، فإذا تغيرت تلك العوائد تغـيرت تلك الأحكام إجماعاً، وولاية الحسـبة وغيرهـا من الولايات، ضابِطُ مـا يندرج فيها مما لا ينـدرج من الأحـكام، مبني على العوائد فيـما يعرض لمتوليها، فكذلك قيل هذا للمحتسـب دون القـاضي، وهذا للقاضي دون المحتسـب، فلو اختلفت العوائد اختلفـت هذه الاختصاصات، فاعلمْ ذلك والله عز وجل أعلم»[2].

---

(١) التاج والإكليل (بهامش الحطاب): ٤ / ٣٨٨.
(٢) الذخيرة: ١٠/ ٥٨

ويوجـد من الآثار الصحيحة ما يصلح مسـتنداً لهذا الإجماع برأيـي، وإن لم أجد ذلـك منصوصاً فيما وقفـت عليه، وأذكر من ذلك على سبيل التمثيل:

- حديـث أم المؤمنـين عائشـة رضي الله عنهـا: «لـو أدرك رسـولُ الله ﷺ مـا أحـدث النسـاء؛ لمنعَهن كما منعت نسـاء بني إسرائيـل»[1]، فلقـد كان الخـروج إلى الجماعـات متاحـاً للمـرأة لتشـهد مجالس الخير، ودعوات المسلمين، وهي متلفعةٌ بمَرطها، مجانبـةٌ لكل مـا يفتُن من زينةٍ ونحوها، بل أُمـر الزوج ألا يمنعها مسـاجد الله[2]، لكن لما ظهر في النسـاء قلة التسـتر، وتسرُّعُ كثير منهـن إلى المكر، وتطيَّبن وهُنَّ خارجات، رأت عائشـة رضي الله

(1) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الصلاة، باب ما جاء في خروج النسـاء إلى المسـاجد، برقـم: ٤٦٩، والبخـاري في صحيحـه، كتـاب صفـة الصـلاة، باب انتظـار الناس قيام الإمام العـالم، برقم:٨٣١، واللفظ له، ومسـلم في كتاب الصلاة، باب خروج النسـاء إلى المسـاجد إذا لم يترتب عليه فتنة......، برقم:٤٤٥.

(2) لحديـث: «لا تمنعـوا إماء الله مسـاجد الله» متفق عليـه من حديث ابن عمـر رضي الله عنهـما، أخرجـه البخاري في كتاب الجمعـة، باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل من النساء والصبيان وغيرهم... برقم: ٨٥٨، ومسـلم كتاب الصلاة، باب خروج النسـاء إلى المسـاجد إذا لم يترتب عليه فتنة......، برقم: ٤٤٢.

عنها أنهن جديرات أن يُمنعن الخروج إلى المساجد كما مُنع نساء بني إسرائيل لما فعلن كفعلهن، «واستُنبط من قول عائشة أيضا أنه يحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا كما قال مالك، وليس هذا من التمسك بالمصالح المباينة للشرع كما توهمه بعضهم، وإنما مراده كمراد عائشة أن يُحدثوا أمراً تقتضي أصول الشريعة فيه غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر، ولا غرو في تبعية الأحكام للأحوال»[1].

ب – ما رواه زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه، أنه جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة، فقال: « **اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرِّفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها** »، قال: فضالة الغنم؟ قال: « **هي لك أو لأخيك أو للذئب** »، قال: فضالة الإبل؟ قال: « **ما لك ولها ! معها سقاؤها وحذاؤها ترِد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها** »[2].

---

(١) شرح الزرقاني للموطأ: ٢ / ٩ - ١٠، شرح المنتقى للباجي: ١/ ٣٤٣.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب اللقطة، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها (٢ / ٨٥٥)، برقم: ٢٢٩٧، واللفظ له، ومسلم، كتاب اللقطة (٣ / ١٣٤٦)، برقم: ١٧٢٢، ومالك في الموطأ، في القضاء في اللقطة.

ففـي هذا الحديث المتفق عليه النهي عن التقاط ضالة الإبل، قـال الباجـي رحمه الله تعـالى: « وهذا كان حكم ضـوال الإبل في زمـن النبـي ﷺ، وفي زمن أبي بكـر وعمر رضي الله عنهـما لـمَّـا كان يؤمَـن عليهـا، فلما كان في زمن عثـمان وعلي رضي الله عنهما، ولم يؤمَن عليها، لـمَّـا كثُر في المسـلمين من لم يصحب النبي ﷺ، وكثُـر تعدِّيهم عليها أباحوا أخذها لمن التقطها ورفْعَها إليهم، ولم يـروْا ردَّهـا إلى موضعهـا، .... وإنـما اختلفت الأحـكام في ذلك لاختلاف الأحوال »[1].

جـ- حديث السائب بن يزيد « قال: كان النداء يوم الجمعة أولُـه إذا جلس الإمـام على المنبر على عهد النبـي ﷺ، وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فلما كان عثمان رضي الله عنه، وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء »[2].

---

(١) المنتقى في شرح الموطأ: ٥ / ١٤٠.

(٢) صحيـح البخاري(١/ ٣٠٩)،كتاب الجمعة، باب الأذان يوم الجمعة، برقم:٨٧٠، وسـمى الأذان ثالثا لأنه زيد على الأذان والإقامة، انظر: فتح الباري: ٢ / ٣٩٤.

فزيادة الأذان يوم الجمعة دعت إليها الحاجة حين كثرة الناس وتعذُّر إسماعهم، فهو حكم جديد اقتضته حاجة طارئة.

وقد أكثر علماء المذهب المالكي من التنبيه على ضرورة تغيير الأحكام بتغير الأحوال، من ذلك:

**١- مسألة اتخاذ كلاب الحراسة:**

قال ابن أبي زيد القيرواني لمَّا قيل له: إن مالكاً كان لا يرى اتخاذ الكلب لحراسة الدور: لو أدرك مالكٌ هذا الزمان لاتخذ أسداً ضارياً »[١].

**٢- مسألة توريث ذوي الأرحام:**

وفي مسألة توريث ذوي الأرحام التي اختلف فيها علماء المذهب، يقول ابن يونس رحمه الله تعالى (ت ٤٥١هـ): «... فيجب أن يُتفق اليوم على توريثهم، وإنما تكلم مالكٌ وأصحابه رضي الله تعالى عنهم إذا كان للمسلمين بيت مال، وإذا لم يكن بيت مال؛ فيجب كون ميراثه لذوي رحمه، وإلى هذا رأيت كثيراً من فقهائنا ومشايخنا يذهبون، ولو أدرك مالك وأصحابه

(١) شرح زروق لرسالة ابن أبي زيد القيرواني: ٢/ ٤١٤.

رضي الله تعـالى عنهـم مثـل زماننـا هـذا؛ لجعلوا المـيراث لذوي الأرحـام »[1]، فابـن يونس يرى أن عدم وجود بيـت مالٍ منتظمٍ داعٍ إلى توريـث ذوي رحـم الهالـك، ومـا نُقـل عـن الأصحاب كان مناسـباً لزمانهم، وقد تغير الزمان، فينبغي أن تتغير الفتوى، والخلاف خلاف حال وأوان لا خلاف حجة وبرهان.

وهـذا الخـلاف في الآراء لاختـلاف الأزمنـة والأحـوال موجـودٌ عنـد غير المالكيـة؛ فقد أفتـى متأخرو الأحنـاف بجواز أخـذ الأجرة على تعليـم القـرآن والإمامـة والأذان، خلافاً لأبي حنيفـة وصاحبيه، لانقطاع عطايـا المعلمين التي كانت في الصدر الأول، «ولـو اشـتغل المعلمون بالتعليم بلا أجـرة يلزم ضياعهم وضياع عيالهم، ولو اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة يلزم ضيـاع القـرآن والدين، فأفتوا بأخـذ الأجرة عـلى التعليم، وكذا عـلى الإمامة والأذان كذلك، مع أن ذلك مخالفٌ لما اتفق عليه أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد»[2].

---

(١) منح الجليل: ٩/ ٦٣٣ .

(٢) نشر العرف (ضمن مجموعة رسـائل ابن عابدين): ٢ / ١٢٣-١٢٤، وقد ساق عدة أمثلة من هذا النوع، فليراجع.

فلا وجه لبقاء حكمٍ بُني على عادة زالت وحلَّت مكانها عادة جديدة، ومن أفتى بتلك الأحكام والفتاوى فهو مخطئ خارق للإجماع(١).

فمراجعة المقلِّد لمذهب إمامه طبقاً للعرف أمر وارد وواقع، بل إن له أن يخالف ظاهر النص، بسبب اختلاف العرف الذي كان قائماً عليه، ترجيحاً لمصلحة قائمة(٢).

## الفرع الثاني: الترجيح بالعرف وشهادته في الأحكام والفتاوى:

لم يكن العرف في المذهب المالكي يُستند إليه في الفتاوى وفصل المنازعات فحسب، بل كان مرجِّحاً؛ « يترجح به مقابلُ المشهور فيجري به العمل، ثم هو لا يُقتصر فيه على الترجيح من الخلاف، بل يُعتمد عليه أيضا في إنشاء حكمٍ مقابلٍ للحكم المتفَق عليه، وذلك في الأحكام التي مستندها العرف، فإذا تبدل العرف تبدَّل الحكم » (٣).

---

(١) فروق القرافي: ٣ / ٢٨٢.
(٢) أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات: ٥٧٧.
(٣) تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس: ٤٤-٤٥.

**فللعرف في الترجيح وظيفتان:**

**إحداهما**: إنشـاء حكمٍ جديد لعادة متجـددة، يُترك له حكمٌ متفَق عليه بُني على عادة تغيرت، فرجَّح العرف ما ناسب الحاجة المتجـددة، وهـذا الترجيح من باب الاستحسـان عند ابن العربي كما مر[١].

**والأخرى**: ترجيح حكم والعمل به في مقابل حكم مشهور، لمصلحة الناس وحاجتهم إلى ذلك، واستقرار عملهم عليه.

وهـذا الترجيح لا يختص بالمجتهد، بـل هو ممكن من المقلد، لأنـه «قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير إنشـاء اجتهاد»[٢]، وهو من باب تحقيق المناط لا فرق فيه بين مجتهد ومقلد[٣].

---

(١) المحصول: ١ / ١٣١.
(٢) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ٢١٨.
(٣) أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات: ٥٧٧.

قال النابغة الغلاوي[1]:

**ورجَّحوا بالعرف أيضا وهْوَا    من سائر المرجِّحات أقوى**
**وذلك الترجيح بالمجتهدِ    ليس بمختصٍّ عن المقلدِ**
**فالعرف ظاهرٌ لكل واحدِ    لم يتأتَّ جَحده للجاحدِ**

وكما يرجِّح العرف بعض الأحكام فيتبعه المفتي، للعرف ترجيح في مجال القضاء والأحكام، وترجيحه في هذا المجال نوعان:

- يعتمد عليه القاضي ليميز المدعي من المدعى عليه، «فالمدعي هو الذي تجرد قوله من أصلٍ أو عرفٍ يشهد له بصدقه، بمعنى أن دعواه مخالفةٌ للأصل والعرف معاً، فلم يوافقها واحد منهما، وأن المدعى عليه من عضَّد قوله - أي قواه - إما أصل أو عرف فأحدهما كاف»[2].

وهذا التمييز مهم لما يترتب عليه من توجيه اليمين أو المطالبة بالبينة، «فليس المدعي الطالب ولا المدعى عليه المطلوب؛ بل

(١) نظم بو طليحية: ١٢٧-١٢٨.
(٢) شرح ميارة لتحفة الحكام: ١ / ٢٦-٢٧.

مـن كان قولـه على خلاف أصـل أو ظاهـر فهو المدعـي، وعليه البينة، والظاهر ينقسـم إلى العادة، وظاهر الحال والقرائن الحالية والمقالية، وكل ما أفاد ظن الصدق»(١).

فشـهادة العرف لأحـد الخصمين مقويةٌ لدعـواه، بل إن من شروط الدعـوى ألا يشـهد العـرف بكذبهـا؛ «كدعـوى الحاضر الأجنبي ملك دار بيـد رجل، وهو يراه يهدم ويبني ويؤجِّر طول الزمـان، مـن غير مانـع يمنعه مـن الطلب مـن غير توقيـع رهبة أو رغبـة، وهـو مع ذلك لا يعارضـه فيها، ولا يدعـي أن له فيها حقـاً، وليـس بينهما شركـة، ثم قام يدعـي أنها له ويريـد أن يقيم البينـة على دعـواه، فهذا لا تُسـمع دعواه أصلاً، فضـلاً عن بينته لتكذيبه العرف»(٢).

فسـكوت هذا المدعي الفترة الطويلة لغير مانع، وهو حاضر يشـاهد تـصرف الحائز تصرف المالك؛ يشـهد عـادةً بعدم صدق دعواه، وهذه صورة من أمثلة قدمها الفقهاء لما سـموه «الشـاهد

---

(١) الذخيرة ٦/ ٥٤.

(٢) شرح ميـارة للتحفـة: ١/ ٣٢، الثمـر الداني بشرح رسـالة القيرواني: ١/ ٦٢٥، الذخيرة: ١١ / ١٢.

العـرفي» وهو شـامل للعـرف والقرائـن، وهو كل بينة شـهدت بظاهر الأمر فيُستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر[1].

قال ابن عاصم[2]:

**وهاهنا عن شاهدٍ قـد يُغني إرخـاءُ سترٍ واحتيازُ رهـنِ**

**واليدُ معْ مجـرَّد الدعوى... ........................**

فإرخـاء السـتور - والمـراد بـه خلوة الـزوج بزوجتـه خلوة زفـاف - قائم للزوجة في دعوى المسـيس مقام الشـاهد فتحلف معـه وتسـتحق الصـداق كامـلاً؛ لأن العـادة أن الـزوج إذا خلا بامرأته أول خلوة مع الحرص عليها والتشوف إليها، قلَّما يفارقها قبل الوصول إليها[3].

**ومثلوا للشاهد العرفي أيضاً بأمثلة منها:**

**١- اختـلاف الزوجين في متاع البيت؛** فـإذا ادعت المرأة منه ما يختص بالنسـاء وادعاه الرجـل؛ فهي مدعىً عليها لأن العرف

(١) ميارة على التحفة: ١/ ١٢٣.

(٢) البهجة في شرح التحفة: ١/ ٢٢١-٢٢٢.

(٣) الكافي لابن عبد البر: ١/ ٢٥٤، شرح ميارة للتحفة: ١/ ٢٦-٢٧.

يشهد لها، والزوج مدعٍ لم يشهد له عرف[1].

**٢- دعوى «المرأة على زوجها الحاضر معها أنه لم ينفق عليها،** وادعى هو الإنفاق، فالزوج مدعىً عليه لأن العرف يشهد له، والزوجة مدعية إذ لا يشهد لها عرف ولا أصل»[2].

**وأهل القواعد الفقهية اختلفوا في العرف: هل هو كشاهد واحد أم كشاهدين؟** قال الزقاق رحمه الله[3]:

**هل عادة كشاهد أو شاهدينْ**

**زيْدُ عدالةٍ كذاك دون مينْ**

**لأولٍ كالقُمْط والوكاء**

**والرهنِ والساكتِ والإرخاء**

**كامرأةٍ تَدْمي..........**

---

(١) الثمر الداني بشرح رسالة القيرواني: ١ / ٦٢٥، شرح ميارة للتحفة: ١ / ٢٦.

(٢) شرح ميارة للتحفة: ١ / ٢٦- ٢٧.

(٣) شرح المنجور للمنهج: ٤٤٤.

فذكر رحمه الله تعالى أصلين يهمنا الأول منهما: العادة هل هي كشاهد أو شاهدين؟، والمشهور أنها كشاهد واحد فلا بد من اليمين معها وقيل كالشاهدين فلا يمين[1]، وذكر لهذه القاعدة فروعاً، منها:

أ- **القُمُط**: وأراد بها الجص الذي يلبس به الجدار، فالجاران «إذا تنازعا جداراً بين دارين حُكم به لمن يشهد له العرف بأن له فيه من التصرف ما يفعله الملاك في أملاكهم، من الرباط ومعاقد القمط، ووجوه الآجر واللبِن، وما أشبه ذلك»[2].

ب- **من عرف العفاص والوكاء في اللقطة**[3].

جـ- **من زوَّج ابنه البالغ وهو ساكت**، «حتى إذا فرغ أنكر بحِدْثان ذلك، واستُحلف أنه لم يرض فنكل، فإن قلنا كالشاهد لزمه النكاح وكان عليه نصف الصداق، وإلا لم يلزمه شيء»[4].

(١) شرح ميارة للتحفة: ١/ ٣٨٩.

(٢) التلقين: ٢ / ٤٣٣، وانظر أحكام القرآن لابن الفرس: ٣ / ٦٥.

(٣) والعفاص الصرة، والوكاء الخيط الذي يلف عليها، انظر: الصحاح، (عفص)، ٣/ ١٠٥٤.

(٤) شرح المنجور للمنهج: ٤٤٦، وهذا الفرع داخل أيضا في قاعدة: النكول هل هو كالإقرار أم لا؟

د- **وكحوز الرهن**: فهو شاهد للراهن بدفع الدين، وللمرتهِن بقدره[1]، ومن ذلك اختلاف المتراهنين في عين الرهن: «فقال الراهن: ليس هذا رهني؛ رهني أفضل من هذا!، وقال المرتهن: بل هو رهنك، فالقول قول الراهن إن صدقه العرف والحال»[2].

هـ- **وكلزوم اليمين** في إرخاء الستر المتقدم، ومسألة تعلق المرأة بالرجل وهي تدمي؛ فلها الصداق «بغير يمين لأنها أفضحت نفسها وذلك عظيم، وقال أيضا: عليها اليمين، والتعلق كالخلوة كالشاهد»[3].

و- ومن فروع **شهادة العرف** ما يرسله الزوج قبل البناء من الثياب والحلي للزوجة « ثم يقع الفراق بطلاقٍ أو فسخٍ، فإن ادعى أنَّ ذلك هبة للثواب رجع بذلك للعرف؛ فإن شهد له العرف صدق في دعواه، وإلا فلا»[4] .

---

(١) البهجة على التحفة: ١ / ٢٢٣.

(٢) ميارة على التحفة: ١ / ١٨٧.

(٣) المدونة: ١٦ / ٣٧٣، الذخيرة ٤/ ٣٧٦، القوانين الفقهية: ١/ ٢١٩.

(٤) ميارة على التحفة: ١/ ٢٩٩-٣٠٠.

قال ابن عاصم[1]:

**ومدعي الإرسال للثوابِ شاهِدُه العرف بلا ارتيابِ**

فالعرف كما رأيت مرجِّح قوي يُترك لأجله الدليل، ويخالَف ظاهر النص، وهو معضِّد شاهد في الحقوق والدعاوى، وأمثلة ذلك وتطبيقاته في المذهب المالكي كثيرة مبثوثة في كتب الأحكام، ومصنفات الفروع، وما جُلب هنا يكفي لتقرير هذا الأصل.

لقد اكتسب العرف هذه المكانة لأنه المرجع لكل مبهم من المقدرات والإطلاقات، وبه تحديد الحقوق والواجبات، وهو القائم مقام الشروط والنيات، وتفصيل الكلام في هذه الأمور في المبحث الثالث من هذا البحث إن شاء الله تعالى.

* * *

(١) البهجة على التحفة: ١ / ٥٤٨.

# المبحث الثالث

# إعمال العرف في التصرفات، والردِّ إليه في الأحكام والفتاوى الفقهية.

المطلب الأول: إعمال العرف في التصرفات وصيغ العقود.

المطلب الثاني: إعمال العرف في الرد إليه، والتقدير به في الأحكام والفتاوى.

# المطلب الأول

## إعمال العرف في التصرفات وصيغ العقود.

الفرع الأول: إقامة العرف مَقام اللفظ في العقود.

الفرع الثاني: إقامة العرف مقام النية.

الفرع الثالث: إقامة العرف مقام الشرط.

# تمهـيد

إن الأعراف التي تجري بين الناس، وتستقر عليها معاملاتهم، حاضرةٌ في أذهانهم وقت التصرف، مقصودةٌ فيه، ولقوة اعتبارهم لها، ورسوخِ رجوعهم إليها، كانت كافيةً في الإذن في أشياء كثيرة والمنع منها، وبيان نوعها أو قدرها، فتركوا التلفظ بها اتكالاً على إفادة العرف لها[1]، تنزيلًا للسان الحال منزلة لسان المقال[2] حتى قالوا: العادة تقوم مقام الإفصاح باللسان، وتغني عما أُغفل رسمه بالبنان[3]؛ فنزَّلوا العرف منزلة اللفظ في كثير من العقود: في البيع، والوكالة، والنكاح، وجعلوا العرف كالشرط، بل إن علماء المذهب المالكي أقاموا العرف مقام النية في أبواب كثيرة، وإليك تفصيل ذلك في الفروع الثلاثة الآتية:

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٦٥.

(٢) الذخيرة: ٥ / ٥٣.

(٣) حاشية المهدي الوزاني على التحفة: ١ / ١٩٩، بواسطة العرف والعمل في المذهب المالكي: ١٢٣.

**الفرع الأول: قيام العرف مقام اللفظ:**

**أ- قيام العرف مقام اللفظ في التعبير عن الرضا في النكاح:**

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأمر وإذنها سكوتها**»(١)، قال أبو العباس القرطبي رحمه الله تعالى معلِّقاً على قوله: «وإذنها سكوتها»: «وهذا منه ﷺ مراعاة لتمام صيانتها ولإبقاء حالة الاستحياء والانقباض عليها، بأن يُنظر لها في ذلك المحل ما هو أصون لها وأليق بها، فإنها لو تكلمت تصريحاً لظُن أن ذلك رغبة منها في الرجال، وهذا غير لائق بالبكر، بل هو منقص لها ومزهد فيها»(٢).

ولأن شأن الأبكار الحياء(٣)، وعرف الناس أن البكر لا تجيب نطقاً لغلبة الحياء، فكان ما يدل على الرضا كالسكوت كافياً،

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب استئمار الثيب واستئذان البكر، برقم ١٤٢١، واللفظ له، وأبو داود (٢٠٩٨)، والترمذي (١١٠٨)، والنسائي (٦/ ٨٤).

(٢) المفهم: ٤/ ١١٨، وانظر: منتقى الباجي: ٣/ ٢٦٧، والخرشي: ٣/ ١٨٣.

(٣) الفواكه الدواني: ٢/ ٦، انظر الاستذكار: ٥/ ٣٩٠.

ولا عبرة بما صار إليه الناس اليوم من قلة الحياء والمروق من القيم، لأنه عرف فاسد لا يغير حكما ثابتا في الشريعة السديدة.

**ب- قيام العرف مقام اللفظ في التعبير عن الرضا في عقود المعاوضات:**

اشترط الفقهاء لصحة العقود رضا المتعاقدين، لأنه سبحانه وتعالى قال: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾[1] فعلم اشتراط ما يدل على الرضا من إيجاب وقبول، سواء كان قولا كبعني وبعتك، أو فعلا كالمعاطاة؛ لأن فيه «دلالة عرفية وهي كافية، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طِيب نفس منكما، فتكفي دلالة العرف»[2] قال خليل في مختصره: «ينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة»[3]، والمعاطاة: «أن يأخذ المشتري المبيع ويدفع للبائع الثمن، أو يدفع

(١) سورة النساء: من الآية:٢٩.

(٢) مواهب الجليل: ٤/ ٢٢٨، انظر: الخرشي على خليل: ٥/ ٦،

(٣) المختصر: ١٦٨.

البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه، من غير تكلُّم ولا إشـارة، ولو في غير المحقرات، ولزم البيع فيها بالتقابض»[1].

وكالبيع الإجارة فتنعقد بما يدل على الرضا عُرفاً، قال خليل: «صحة الإجـارة بأجر وعاقد كالبيع»[2] وهـي كالبيع في الصيغة أيضا؛ فتنعقد بما يدل على الرضا من قول أو فعل كالمعاطاة[3].

**ج- قيام العرف مقام اللفظ في الإنابة في التضحية:**

يجوز للمضحي أن ينيب غيره ليذبح أُضحيته بلفظٍ كوكلتك، وإن ذبـح غيره أضحيته وكانت له عـادة بذلك وهو قريب أجزأ عنـه، لأن تلك العادة تقوم مقام لفظ الإنابة؛ قال خليل رحمه الله تعـالى: «وصـح إنابـة بلفـظ..... أو بعـادة كقريـب»[4]، قـال الخـرشي: «يعني أن النيابة كـما تكون باللفظ تكون بالعادة وتقوم مقام اللفظ»[5].

(١) الشرح الكبير: ٣/ ٣

(٢) المختصر: ٢٤١.

(٣) الخرشي على خليل: ٧/ ٢.

(٤) المختصر: ٩٤.

(٥) شرح المختـصر: ٣/ ٤٣، وانظـر: مواهـب الجليـل: ٣/ ٢٥٢، منح الجليل: ٢/ ٤٨٣.

د- قيام العرف مقام اللفظ في الوصية على الأيتام:

لما تكلم الفقهاء على وصي الأب، وبينوا الخلاف في جعله كالأب في التصرف في مال المحجور، قالوا: «واستحسن أن العرف كالنص كما يقع كثيراً لأهل البوادي وغيرهم، أن يموت الأب ولا يوصي على أولاده، اعتمادا على أخ أو عم أو جد، ويكفل الصغار مَنْ ذُكر»[1].

هـ- قيام العرف مقام اللفظ في الوكالة والشركة:

جعل الفقهاء الدلالة العرفية قائمة مقام اللفظ في عقود التصرف، التي تخول لشخص معين أن يتصرف في مال غيره، كالوكالة والشركة، فالوكيل نائب عن الموكِّل في حدود وكالته له، وتنعقد تلك الوكالة بلفظ يفيدها، أو عرف يقتضيها؛ «فالوكالة إما أن تكون بالنص ولا إشكال، وإما أن تكون بمقتضى العادة»[2] قال المواق: «قد نصوا أن العرف يقوم مقام الألفاظ في الوكالة»[3] وقال الحطاب - معلقا على قول خليل

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٣/ ٣٠١.

(٢) ميارة على التحفة: ١ / ٢٢٦.

(٣) التاج والإكليل (بهامش مواهب الجليل): ٥ / ١٩٠.

في الكلام على صيغة الوكالة «... بما يدل عرفا»: «المعنى أن الوكالة تصح وتنعقد بكل ما يدل عليها في العرف، ولا يُشترط لانعقادها لفظٌ مخصوص»[1]، ومثَّلوا لذلك بتصرف الزوج في مال زوجته، محمولٌ على الوكالة حتى يثبت التعدي، والأب مع ابنه، فصححوا عقد الابن نكاح أخته البكر إذا أجازه الأب، وإباحة المخاصمة لكل واحد من الأب والابن عن صاحبه[2].

وقد ذهبوا إلى أبعد من ذلك فجعلوا العرف في الوكالة مقدَّماً على اللفظ؛ قال عليش: «فإن خالف العرف اللغةَ فالمعتبر العرف»[3].

وكالوكالة الشركة؛ فتنعقد بين الشريكين بكل ما دل على إذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف على الوجه المذكور عرفاً أو لغةً، فالعرف كخلط المالَيْن ونحوه[4]، قال خليل: «ولزمت بما يدل عرفاً»[5].

---

(١) مواهب الجليل: ٥ / ١٩٠، وانظر منح الجليل: ٦ / ٣٦٨.

(٢) ميارة على التحفة: ١ / ٢٢٦.

(٣) منح الجليل: ٦/ ٣٦٩

(٤) مواهب الجليل: ٥ / ١٢٣، شرح الخرشي: ٦ / ٣٩.

(٥) المختصر: ٢١٢.

ودليل إقامة العرف هنا مقام اللفظ، هو الحديث الصحيح الذي رواه عروة ابن أبي الجعد البارقي «أن النبي ﷺ أعطاه دينارا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه»(١) فقد اشترى شاتين وباع إحداهما بغير إذن لفظي ولا توكيل، وأقرَّه النبي ﷺ، بل كافأه بدعوة نبوية مستجابة، لأن مما جرى به العرف أن الوكيل مأذون في مخالفة موكله إلى ما هو خير مما أمر به، لأنه من مقصوده وإن لم يصرِّح به، وهي مخالفَةٌ للفظ الموكِّل عائدة بالزيادة، وهي وإن كان في اعتبارها قولان في المذهب؛ إلا أن هذا الحديث حجة قوية للمجيز، وأما المخالفة بالنقصان فمفسدة(٢).

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٣٣٢)، كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي ﷺ آية، فأراهم انشقاق القمر، برقم: ٣٤٤٣. انظر: الذخيرة: ٨/ ١٠، التاج والإكليل: ٥/ ١٩٩،.

(٢) انظر: الذخيرة: ٨/ ١٠، التاج والإكليل: ٥/ ١٩٩.

### الفرع الثاني: إقامة العرف مقام النية:

كما أقام الفقهاء العرف مقام اللفظ، لما رأوا من شدة قصد الناس له، وعملهم عليه، أقاموه كذلك مقام النية وأثبتوا له ما لها من الأحكام، ومن ذلك:

**أ- في القصر**: فنية إقامة المسافر أربعة أيام تقطع سفره وتوجب الإتمام، وكذلك العلم بالإقامة عادة، ولو لم ينوها، كمن عادته إذا دخل بلدة أن يقيم بها مدةً تقطع السفر، فالكون في هذا المكان إقامةٌ بالعادة، فيُتم صلاته ؛ لأن العادة تقوم مقام القصد(١).

**ب- في باب اليمين**: قال خليل رحمه الله تعالى: «وتكررت إن تكرر الحنث أو كان العرف»(٢)، قال المواق: «ابن عرفة حِنْث اليمين يُسقطها، ولذا لا يتعدد ما يوجب الحنث بتكرر موجبه، إلا بلفظ أو نية أو عرف»(٣) فدلالة العرف على تكرُّر الحنث،

(١) الذخيرة: ٢ / ٣٦٣، الخرشي على خليل: ٢ / ٦٢.

(٢) المختصر: ٩٦.

(٣) التاج والإكليل: ٣ / ٢٧٧.

قائمة مقام التلفظ بذلك أو نيته، كمن عوتب في ترك الوتر؛ فحلف لا يتركه، فيلزمه كلما تركه كفارةٌ لأن العرف دال على أنه لا يتركه ولا مرة واحدة، فكأنه قال كلما تركته فعلي كفارة[1].

**جـ- في زكاة الفطر**: إذا أوصى المسافر المخاطَب بها أهله بالإخراج؛ أجزأه إخراجهم، وكذلك إذا كانت لهم بذلك عادة؛ قال خليل رحمه الله تعالى: «وجاز إخراج أهله عنه»[2]، قال عليش رحمه الله: «أي المسافر إن اعتادوه أو أوصاهم به، ويُنزل الاعتياد والإيصاء منزلة النية، وإلا لم تُجْز عنه لعدم نيتها»[3].

### الفرع الثالث: إقامة العرف مقام الشرط:

نزَّل الفقهاء الأمر المتعارف عند الناس والجاري بينهم منزلة الشرط؛ فقالوا: « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً »، وكثُر قولهم:

---

(١) الشرح الكبير: ٢ / ١٣٥، وانظر: مواهب الجليل: ٣ / ٢٧٧، منح الجليل: ٣ / ٣٤.

(٢) المختصر: ٦٦.

(٣) منح الجليل: ٢/ ١٠٦، وانظر: مواهب الجليل: ٢ / ٣٧٤، فقد حكى الإجزاء مطلقاً.

« العادة كالشرط »، وأذكر لذلك شواهد للتمثيل لا الحصر، فمن ذلك:

١- **في النفقة وإخدام الزوج لامرأته**، وما يجب عليها من الخدمة الداخلية في البيت؛ نصَّ الفقهاء على أن المعتبر في ذلك العرف، والشريفة في العادة ليست كالدنيئة، فما عادة الناس أن تباشره المرأة كاستقاء الماء فعليها؛ لأن العوائد كالشروط[1].

٢- **في باب العارية**، وتحديد مدتها، جعلوا المعتاد من ذلك بين الناس كالمشروط؛ فليس للمعير مخالفته، لأن «العارية إذا كانت مقيدة بعمل؛ كزراعة أرض بطناً فأكثر، مما لا يخلف كقمح أو مما يخلف كقصب، أو بأجل كسكنى دار شهرا مثلا، فإنها تكون لازمة إلى انقضاء ذلك العمل أو الأجل، وإن لم تكن مقيدة بعمل ولا بأجل، كقوله: أعرتك هذه الأرض، أو هذه الدابة، أو هذه الدار، أو هذا الثوب، وما أشبه ذلك، فإنها تلزم إلى انقضاء مدة ينتفع فيها بمثلها عادة؛ لأن العادة كالشرط»[2].

(١) انظر: الذخيرة: ٤ / ٤٦٧.

(٢) الخرشي على خليل: ٦ / ١٢٦.

**٣- في أسباب الخيار في البيع** حكَّموا القضاء العرفي: وهو جريان العرف بسلامة الأشياء من العيوب النادرة والطارئة، فوجودها يوجب الرد؛ لأن العرف كالشرط، تنزيلاً للسان الحال منزلة لسان المقال[١] وحين منع الفقهاء الرد بالعيب الذي لا يُطَّلَع عليه إلا بتغيير ذات المبيع، استثنوا ما إذا كان هناك شرط بالرد فيُعمل به، وقالوا: والعادة كالشرط[٢].

**٤- في القرض**: المُقرِض يحرم عليه أخذ الهدية من المقترِض حتى يبقى القرض خالصاً لله من كل نفع دنيوي، فيمنع أن يجر منفعة للمقرِض، إذا شرطت تلك المنفعة، والعادة منزَّلةٌ منزلة الشرط؛ قال الدردير رحمه الله تعالى في شرحه على المختصر: «أو (جر منفعة) ... أي وحرم في القرض جر منفعة (كشرط قضاء عفِنٍ بسالم) والعادة كالشرط»[٣].

* * *

---

(١) الذخيرة: ٥ / ٥٣، ٥٦.
(٢) الدسوقي: ٣ / ١١٣، مواهب الجليل: ٤ / ٤٣٤.
(٣) الشرح الكبير: ٣/ ٢٢٥

# المطلب الثاني

## إعمال العرف في الرد إليه، والتقدير به في الأحكام والفتاوى.

الفرع الأول: الرد إلى العرف والتقدير به في العبادات.

الفرع الثاني: الرد إلى العرف والتقدير به في الأحوال الشخصية.

الفرع الثالث: الرد إلى العرف والتقدير به في المعاملات.

## تمهـــيد

إنــه من حكمة التشريـع أن ترك كثيرا من الأحـكام مطلقة، قابلة للتكيُّف مع الأزمان والأمكنة المختلفة، وجعلها في التطبيق مرتبطة بما تعارفه الناس بينهم، ويتجلى وجه الحكمة في هذا الأمر في شيئين:

أحدهما: أن الشـارع لو كان حكـم في هذه الحوادث الكثيرة بحكم واحد مفصَّل؛ لأصاب الخلق عنتٌ ومشقة، تخالف مقاصد الشرع الراعية لمصالح الناس، والتخفيف عنهم، والرحمة بهم.

والآخـر: أنه لـو شرع أحكاماً كثـيرة كثرةَ المصالـح المتبدلة والأحوال المتغيرة؛ تشـعبت التكاليف على الناس ولم يسـتطيعوا ضبطها وفهمها، ونقض ذلك أسـاسَ قلـة التكاليف المتين الذي بنيت عليه الشريعة.

فلأجـل ذلـك: «كان مـن حكمـة الحكيـم العليـم أن شَرَع للنـاس أحكاماً مطلقة عن البيان والتفصيل، يمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف وتبدلت الأحوال، ويكِل إلى الراسخين في علم الفقـه وذوي الملـكات الناضجة في فن القضـاء وتنزيل الأحكام

على الحوادث، تفصيل هذه الأحكام كما يقضي به العرف وتبتغيه المصلحـة، وهذا بـاب عظيم من أبواب العرف يبتنى عليه شـطر كبير من الأحكام، ولا يكاد ينكره فقيه، وهو كذلك برهان ثابت وحجـة دامغة على عظمـة الشريعة وجلالتها وأنهـا صالحة لكل زمان ومكان»[1].

فمعنـى صُلوحيـة شريعة الإسـلام لكل زمان ومـكان؛ هو مجـيء أحكامهـا كلياتٍ ومعـاني مشـتملةً على مصالـح وحِكم، صالحـةً لأن تتفـرع منها أحـكام مختلفة الصور متحِـدة المقاصد، «ولذلـك كانـت أصـول التشريـع الإسـلامي تتجنـب التفريـع والتحديـد، ... وورد في القرآن والسـنة النهي عن كثرة السـؤال عن الأحكام»[2].

فالأحكام الشرعية جارية على العموم العادي؛ لأنه «لما كان قصد الشارع ضبط الخلق إلى القواعد العامة، وكانت العوائد قد جرت بها سنة الله أكثرية لا عامة، وكانت الشريعة موضوعة على مقتضى ذلك الوضع، كان مـن الأمر الملتفَت إليه إجراء القواعد

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء: ٥٦.

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور: ٣٢٧.

على العمـوم العادي، لا العموم الكلي التـام الذي لا يختلف عنه جزئي ما»[1].

فهناك أحكام كثيرة وردت مطلقة غير محددة، ووُكل تحديدها إلى عـرف الناس، «ووجه ذلـك أن كل أمر احتيج إلى تحديده ولم يرد في الشرع تحديده، فإن الرجوع فيه إلى العرف والعادة»[2].

وحيثما وجـدتَ الشـارع علق حكـماً عـلى الكثـرة والقلة، أو البعـد والقـرب، أو الطـول؛ فإن تحديد كل ذلـك مرجعه على الصحيح إلى العرف[3].

وهـذه الأحـكام المربوطـة بالعـرف متناثرةٌ في جميـع أبواب الفقـه، لا يخلـو منهـا بـابٌ، في العبـادات وأحـكام الأسرة والمعاملات، وسـأتناول كل قسـم من هذه الثلاثـة بالتفصيل في فروع ثلاثة متتالية:

---

(١) الموافقات: ٣ / ٢٣٦.
(٢) المنتقى شرح موطأ الإمام مالك: ١ / ١٢٢-١٢٣.
(٣) انظـر الدسـوقي: ١ / ١٥٢، ٢٧٤، ٢ / ١٠٠، جامـع الأمهات لابن الحاجب: ١ / ١٠٢.

## الفرع الأول: الرد إلى العرف والتقدير به في العبادات:

لقد جعل الفقهاء العادة مقياسا لكثير من المسائل التي مرجعها إلى المعتاد المعروف، ولم يَرد من الشارع تحديدٌ لها، وهي صفات إضافية تكون سبباً لحكم معين[1]، ومن ذلك ما يلي:

**أ- أنهم أوجبوا على فاقد الماء** - قبل التيمم - طلبه طلباً لا يشق به، «وليس عليه أن يجهد نفسه في الجري لإدراك الماء، ولا أن يخرج عن مشيه المعتاد، ولا أن يعدل عن طريقه أكثر مما جرت العادة بالعدول له إلى العيون والمياه التي يعدل لها عن الطريق»[2].

**ب- وجعلوا من شرط المني الموجب خروجه للغسل،** أن يخرج بلذة معتادة؛ قال خليل: «يجب غسل ظاهر الجسد بمني، أو بعد ذهاب لذة بلا جماع ولم يغتسل، لا بلا لذة أو غير معتادة»[3]، أي «يجب الغسل بسبب خروج مني بلذة معتادة، لا إن خرج بلا لذة كمن لدغته عقرب فأمنى، أو بلذة غير معتادة،

---

(١) نيل السول على مرتقى الوصول: ١٩٩.

(٢) التاج والإكليل: ١/ ٣٤٤

(٣) المختصر: ١٧.

كمـن حـكَّ لجرب أو نزل في مـاء حار فأمنى، فإنـه لا يجب عليه الغسل على المشهور خلافا لسحنون، وإذا لم يجب الغسل لخروج هـذا المنـي يتوضأ لأن لذلك الخـارج تأثيرا في الكـبرى، فلا أقل من الصغرى»[1].

**جـ- وفي نقض الوضوء اعتبروا في الخارج والمخرج الاعتياد،** فالمخرج المعتاد: القبُل والدبُر، فإذا خرج شيء غير معتاد كالحصى والـدود لم يكـن ناقضاً للوضـوء، قـال خليل: «نُقـض الوضوء بحـدثٍ، وهو الخـارج المعتـاد في الصحـة؛ لا حـصىً ودودٍ ولو ببلَّةٍ، .... من مخرجيـه»[2]، والمخرجان المعتادان معتبران في كون الخارج ناقضاً، إلا أن ينسـدَّ المخرجان؛ فيُعتبر في النقض الخارج من ثقبة تحت المعدة[3].

**د- وفي أحكام الحيض؛** فرَّعوا جل أحكامه على العادة، فهو: «دمٌ كصفـرةٍ أو كـدرةٍ خرج بنفسـه مِن قُبُل مَن تحمـل عادة»[4]،

---

(١) شرح مختصر خليل: ١/ ١٦٣، مواهب الجليل: ١ / ٣٠٧.

(٢) انظر منح الجليل: ١ / ٦٤-٦٥.

(٣) شرح الزرقاني: ١ / ٨٦.

(٤) انظر منح الجليل: ١ / ٩٨.

وقسموا النساء اللواتي يحضن إلى مبتدأة ومعتادة، وجعلوا عادة المعتادة مقياساً معتبراً لطهرها، والمدار في سن من تحيض وأقل الطهر على العرف، قال الباجي: «مسألة: عن مالك في مقدار أقل الطهر روايتان: روى عنه ابن القاسم أن ذلك غير مقدَّر، وأن الرجوع فيه إلى العرف والعادة»(١).

**هـ- والموالاة في الوضوء**: الإتيان بأفعال الطهارة في زمن متصل من غير تفريق فاحش، وفُحشُ التفريق - طول مدته - ويسارته مردهما إلى العرف؛ فما كان فاحشاً وكثيراً في العرف حسب الشخص والمكان والزمان أضر، وما كان خفيفاً لم يضر(٢).

**و- وكذلك بالنسبة للمنصرف من صلاته** قبل أن يتمها سهواً، كمن سلم من اثنتين في ثلاثية أو رباعية، أو سلم من واحدة في ثنائية - وكذلك تارك ركن - يجوز له استدراك

(١) المنتقى شرح الموطأ: ١ / ١٢٢ - ١٢٣.

(٢) الخرشي: ١ / ١٢٦-١٢٧، وفرقوا في الحكم حسب الشخص؛ لأن جسم الشاب يختلف في سرعة جفافه عن جسم الشيخ الكبير، والمكان المرتفع مختلف عن المنخفض، والزمان الحار غير المعتدل والبارد في سرعة الجفاف.

صلاته وإتمامها، إذا لم يطل الفصل، فإن طال لابد من ابتداء صلاة جديدة، وتحديد الفصل: هل هو يسير أم كثير؟ إنما يرجع فيه إلى العرف[1]، ومثل ذلك تارك السجود القبلي المرتَّب عن ثلاث سنن ؛ إن تذكره بقربٍ: سجده وصحت صلاته، وإن بعُد التذكر بطلت، « والقرب غير محدود على المذهب – وهو مذهب ابن القاسم – وكذلك الطول بل مرجعهما إلى العرف فما قاله العرف يُعمل به فيهما »[2].

## الفرع الثاني: الرد إلى العرف والتقدير به في الأحوال الشخصية.

١ – **في ألفاظ الطلاق**: قسَّم الفقهاء المالكية ألفاظ الطلاق إلى صريح وكناية، وجعلوا الكناية قسمين: ظاهرة وخفية؛ «فالظاهر ما هو في العرف طلاق مثل: سرحتك، وفارقتك، وأنت حرام، وبتة، وبتلة، وخلية وبرية، وبائن، وحبلك على غاربك ونحو هذا، وهو كالصريح في أنه لا يقبل منه أنه لم يُرد به الطلاق»[3].

---

(١) انظر: الخرشي: ١ / ٣٣٨، أمالي الدلالات:٥٧٩.
(٢) الثمر الداني شرح رسالة القيرواني: ١/ ١٦٩ .
(٣) شرح ميارة للتحفة: ١/ ٣٦٤ .

فقد رُدَّ الطلاق في دلالة الألفاظ إلى العرف، وجُعل اشتهار اللفظ في العرف هو المدلول المعتبر في الحكم.

وكذلك ألفاظ الوقف والأيمان كما مرَّ مرجعها إلى العرف، فلكل قومٍ عرف في إطلاقاتهم يُرجعون إليه عند التنازع؛ فلو حلف شخص لا يدخل على فلان بيتاً، ودخل عليه الحمام؛ حنث عند من يسمي الحمام بيتاً لا عند غيره، قال الخرشي رحمه الله في هذا الفرع: «..واعلم أن الأمور التي مبناها العرف كهذه وما بعدها، لا يصح الحكم فيها بالحنث بمصر الآن؛ إذ لا يطلق البيت على الحمام في عرف أهل مصر»[1].

٢- **وإذا اختلف الزوجان في المسيس**؛ فادَّعته الزوجة وأنكر الزوج، بعد خلوة بينهما وإرخاء ستر، فإن المذهب أن القول قولها في الوطء إذا خلا بها خلوة اهتداء، وإن كانت مُحرِمةً، أو حائضاً، أو في نهار رمضان، وفي خلوة الزيارة القول للزائر منهما للعرف، بخلاف خلوة الاهتداء[2].

---

(١) شرح المختصر: ٣ / ٧٥، وانظر: الفروق للقرافي: ٣ / ٢٧٥.

(٢) ميارة على التحفة: ١ / ٣٨٨، وخلوة الاهتداء من الهدء، أي: السكون؛ لأن كل واحد منهما أهدي للآخر وسكن له واطمأن له، وعُرفت =

فجعلوا العرف حَكَماً يشهد للمدعي منهما؛ فإن زارته فالقول قولها لأن العرف أن الرجل ينشط في بيته، وإن زارها هو في بيتها فالقول قوله، لأن العرف أن الرجل لا ينشط إليها[1].

٣- **والعرف هو الحكم فيما يجب على المرأة** من خدمة في بيتها، فيجب عليها ما هو عادة أهل بلدها من خدمة باطنة؛ كالعجن والكنس، إلا أن يكون الزوج ممن عادته أن يُخدم زوجته، فعليه حينئذ إخدامها، والمرجع في ذلك إلى العرف[2].

٤- **وعند تنازع الزوجين في متاع البيت**؛ يحكَّم العرف؛ فما شهد أنه خاص بأحدهما أخذه المشهود له، «والحاصل أن العمدة فيما يعرف للرجال أو للنساء على ما جرى به العرف في مثل الزوجين قالوا: حتى إن الشيء الواحد في الزمن الواحد والمكان

---

= عندهم بإرخاء الستور، وخلوة الزيارة: أن يزور أحدهما الآخر في بيته، لا للبناء. انظر: منح الجليل: ٣/ ٤٣٣، حاشية الدسوقي: ٢/ ٣٠١، الفواكه الدواني: ٢/ ٣٦.

(١) الشرح الكبير مع الدسوقي: ٢ / ٣٠١.

(٢) حاشية العدوي: ٢ / ٨٩.

الواحد يكون من متاع الرجل بالنسبة إلى قوم ومن متاع النساء بالنسبة إلى آخرين»[1].

**٥- ونفقة الزوجة واجبة على الزوج البالغ**، وهي موكولة في التقدير إلى العادة، قال خليل: «يجب لممكِّنةٍ مطيقة للوطء على البالغ وليس أحدهما مشرِفاً على الموت، قوتٌ وإدامٌ وكسوةٌ ومسكنٌ، بالعادة»[2]، أي أن ذلك تعتبر فيه العادة بقدر وُسع الزوج وحال الزوجة؛ فلا تُجاب هي لأكثر من لائقٍ بها، ولا هو لأنقصَ من ذلك[3].

**الفرع الثالث: الرد إلى العرف والتقدير به في المعاملات:**

ساق ابن فرحون رحمه الله تعالى في تبصرته مجموعة فروع حُكِّم فيها العرف، نذكر منها ما يلي:

**أ-إذا اختلف المتبايعان في تعجيل الثمن وتأجيله**؛ حكِم بالعرف، إن كان ثَم عرف.

---

(١) مواهب الجليل: ٣/ ٥٤٠.
(٢) المختصر: ١٦٣.
(٣) الخرشي: ٤ / ١٨٤، شرح ميارة على التحفة: ١ / ٤١٩، التاج والإكليل: ٤ / ١٨٢.

**ب- وكذلك إذا اختلف المتبايعان في قبض السلعة**، أو الثمن، فالأصل بقاء الثمن بيد المبتاع، وبقاء المبيع بيد البائع، ولا ينتقل ذلك إلا ببينة أو عرف، كالسلع التي جرت العادة أن المشتري يدفع ثمنها قبل أن يبين بها؛ كاللحم والخضر ونحو ذلك فيُحكم في ذلك بالعرف والعادة.

**جـ- ومن ذلك الحكم بمقتضيات الألفاظ في البيع**؛ كقول البائع بعتك هذه الأرض بكذا، ولم يزد على هذا، فإن هذا اللفظ يتناول ما هو متصل بها كالبناء والأشجار، وهذا بحكم العرف، ولفظ البناء يشمل الأبواب والرفوف[1].

**د- ومن فروع تحكيم العرف كذلك** أن الفقهاء قسموا الطعام من حيث دخولُ الربا فيه إلى قسمين: ربوي وغير ربوي؛ وحدُّوا الطعام الربوي بأنه: المقتات المدخر للعيش غالباً، وفسروا المقتات بما يقيم البنية، والمدخَر بما لا يُفسده طول الزمان، «ولا حد للادخار على ظاهر المذهب، وإنما يُرجع فيه إلى العرف»[2].

---

(١) التبصرة: ٢ / ٧٠.

(٢) ميارة على التحفة: ١ / ٤٧٧.

**هـ- وفي الألفاظ الموجبة لحد القذف**، جعلوا ضابط ذلك ما جرى به العرف، قال القرافي: «ضابط هذا الباب الاشتهارات العرفية والقرائن الحالية، فمتى فُقدا حلف، ومتى وُجد أحدهما حُدَّ، وإن انتقل العرف وبطل بطل الحد، ويختلف ذلك باختلاف الأعصار والأمصار»[(١)].

والأمثلة على تحكيم العرف والرد إليه في معاملات الناس ونزاعاتهم كثيرة مبثوثة في كتب الفروع، وما سقناه يكفي لتقرير مرادنا من التنبيه على سلطان العرف وتحكيمه في المذهب المالكي، وإعماله في الأحكام والفتاوى بردِّ الناس إليه، وجعْله الحكَم بينهم فيما اختلفوا فيه.

ولم يكن المذهب المالكي بِدعاً من المذاهب الفقهية الأخرى؛ بل إن كل مذهب كما بيَّنا فيما مر أخذ من العرف بنصيب، وإن تفاوتت المذاهب في ذلك الأخذ، واختلفت المشارب، وقد علِم كلُّ أناسٍ مشربهم، وكلُّ وادٍ يسيل بقَدَره!!

* * *

(١) الذخيرة: ٣/ ٩٦-٩٧، الدسوقي: ٤/ ٣٢٩.

# الخـاتمـة

الآن وقـد مـنَّ الله علينـا بإتمـام مـا أردنـا في خطـة البحـث - والحمـد لله الـذي بنعمته وجلاله تتم الصالحات -، يحسُـن بنا أن نلخِّص في نقاطٍ موجزةٍ أهم ما وصلْنا إليه من نتائج:

**أولاً: العرف في اللغـة** له معانٍ عديدةٍ ترجع إلى أصلين يدل أحدهمـا عـلى التتابع مـع الاتصال، والآخـر يدل على السـكون والطمأنينـة، فهو لغةً: ما تعارفه الناس وتتابعوا عليه، واطمأنت إليه نفوسـهم، واصطلاحاً له تعريفات أحسـنها أنه: ما استقرت النفوس عليه بشـهادة العقول وتلقته الطبـاع بالقبول، فمجموع الموروث المتراكم من أفعال وأقوال وأخلاق لأمة من الأمم، هو المعـبَّر عنـه بالعرف، ومنـه موافق للشرع ومخالف لـه، فالمخالف مردود غير معتبر، والموافق مقبول وله اعتبارٌ بشروط محددة.

**ثانياً: والعرف والعادة** مترادفان عند الأكثر، وأما العمل: فما حكم به القضاة وجرى به عملهم.

**ثالثـاً: ومـن العـرف ما هـو قولي**: باسـتعمال لفـظ في غير ما وضع له؛ ويكون في المفردات والمركَّبات، وهناك العرف العملي:

استعمال اللفظ في بعض أنواع مسمياته، وقد يكون العرف - قولياً أو عملياً - عاماً بين جميع الناس، وقد يكون خاصاً بجماعةٍ أو مدينة.

**رابعاً: ورعياً لمصلحة الناس**، ورِفقاً بهم، واعتباراً لما يتعارفون بينهم؛ اعتمد المالكية العرف في أدلة المذهب، وبوأوه المكانة اللائقة به، فأكسب ذلك مذهبهم مرونة ومسايرة للواقع، واتساعاً في مجال تطبيق النصوص الشرعية.

واستدل المالكية لذلك بأدلة مختلفة، فالعرف عندهم كما يقول ابن العربي: «أصلٌ من أصول الملة، ودليلٌ من جملة الأدلة»(1).

**خامساً: والمذاهب الأخرى** - كالمذهب المالكي- تعتبر العرف وتفرِّع عليه، وتدير عليه الأحكام، وإن كان الإعمال عند المالكية أوسع مجالاً، وأكثر تطبيقاً، والكل يعتبر العرف إحدى القواعد التي ينبني عليها الفقه.

**سادساً: ضبط العلماء** سلطان العرف والرجوع إليه بشروط يجب توفُّرها فيه ليكون صالحاً للاعتبار، وهي:

---

(1) أحكام القرآن: ٣/ ٥٠٠.

١ - أن لا يخالف نصاً شرعياً ولا قاعدةً مطلقة.

٢ - أن يكـون مطـرداً أو غالبـاً؛ بمعنى أنه ينتـشر بين أهله، ويكون العمل به واقعاً في أغلب الحوادث، ولا يتخلف كثيراً.

٣- أن يكون العرف سابقاً للنازلة التي يراد تحكيمه فيها.

٤ - أن لا يـصرِّح المتعاقـدان بخلافـه؛ فالتصريـح بخلافـه يُبطل عمله.

**سـابعاً: لضبط إعماله** حـددوا مجالاته؛ فهـو يعمل في تطبيق الأحـكام التـي جـاءت من الشـارع غـير مقـدرة، وفي الأحكام الشرعيـة التي وَكَل الشـارع أمرها إلى العرف «كمعرفة أسـباب الأحـكام مـن الصفـات الإضافيـة، كطـول الفصـل في السـهو وقصره، وكتقديـر نفقات الزوجات والأقارب وكسـوتهم، وما العادة فيه من البيوع النقد وما العادة فيه التأخير، وكألفاظ الناس في الأيمان والعقود والفسوخ»(١).

---

(١) نيل السول على مرتقى الوصول: ١٩٩.

فهو عاملٌ في العبادات من طهارةٍ وصلاةٍ وصومٍ، وفي المعاملات المالية من بيوعٍ وأكريةٍ وإجاراتٍ، و في عقود الأنكحة من صداقٍ ونفقةٍ وطلاقٍ.

**ثامناً: أَعمل علماء المذهب المالكي العرف في الأحكام** والفتاوى وأسسوهما عليه ؛ فأعملوه فيهما من حيث ظواهر الألفاظ، قاضياً عليها؛ تخصيصاً وتقييداً، وبينوا به مجملات الألفاظ ومبهمات المعاني.

**تاسعاً: أوجبوا على المفتي والقاضي السؤال عن العرف ومعرفته**، وتأسيس ما يحكمان به عليه، فلكل قوم عرف، ولكل أرض عادة .

فمعرفة العرف وعادات الناس، أو ما يسميه البعض «معرفة الزمان» و «معرفة الواقع» تلزم المفتي والقاضي، ولا تغني عنها معرفة النصوص، ولا بد كذلك من دُربة وممارسة تورث فقه نفس وهيئة فتوى، لا تأتي من المحفوظ والمعلوم، لكن من طول التعاطي والفهم لتنزيل نصوص الأحكام على حوادث الواقع،

وهذا مما ينبغي لمن يتعاطى الفتوى اليوم أن يأخذه بعين الاعتبار، بل يجب عليه ذلك.

**عاشراً: هذه الأحكام المبنية على العوائد متغيرةٌ بتغيرها،** زمانياً ومكانياً، والإفتاء بالأحكام عند زوال العادة المتعلقة بها، لا يجوز وهو «خلاف الإجماع وجهالةٌ في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة»[1].

**حادي عشر: لم يقتصر اعتماد العرف على جعله أساساً للفتوى والحكم؛** بل إنه تجاوز ذلك إلى أن يصبح مرجِّحاً يترجح به مقابل المشهور فيجري به العمل، وقد يستند إليه في إنشاء حكم مقابل للحكم المتفق عليه.

ويرجِّح العرف قول من شهد له عند القاضي، فشهادته لأحد الخصمين مقوية لدعواه، فيصبح مدعىً عليه وغيره مدعياً، عليه البينة، ومن شروط قبول الدعوى أن لا يشهد العرف بكذبها.

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ٢١٩.

**ثـاني عـشر: العـرف عامـلٌ في العقود؛ قائـم مقـام اللفظ في** التعبير عن الرضا في النكاح وعقود المعاوضات.

وقائـم مقام اللفـظ في الإنابة في ذبح الضحيـة، وفي الوصية على الأيتام، وفي الوكالة والشركة.

**ثالث عشر: أقاموا العرف مقام النية،** ولأن الناس قاصدون لـه في معاملاتهـم، حاضرٌ في أذهانهـم، جعله الفقهـاء كالشرط؛ فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وقد ذكرت فروعاً كثيرةً تؤكد جميع ذلك.

**رابـع عشر: من حكمـة الشريعة أنها جـاءت بأحكام مطلقة** قابلـة للتكيـف مـع مختلف البقـاع والأوقـات، وجُعـل تطبيقها خاضعـاً لما تعارفـه الناس وجرى به العمل بينهـم، وهذه المرونة من أسباب صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.

وهـذا بـاب عظيـم من أبـواب العـرف يقوم عليـه كثير من الأحكام، والفقهاء على اختلاف مذاهبهم متفقون عليه.

**خامس عشر: الرد إلى العرف** والتقدير به واقعٌ في العبادات والأحوال الشخصية والمعاملات.

**سادس عشر: العرف مصدرٌ مهمٌّ** من مصادر المذهب المالكي، ومَعينٌ لا ينضب، يرتوي منه كل مفتٍ وكل قاضٍ، مُعين على تحقيق المناط وتنزيل الأحكام على الحوادث.

فمعرفة العرف التي هي من تمام معرفة الواقع، يؤدي فقدانها إلى خلل كبير في التصوُّر ينتج عنه حتماً خللٌ في الحكم؛ فيمنع مباحاً أو يبيح ممنوعاً، ويحمل الناس على التضييق والعنت.

**فتنبغي مراجعة الأحكام الشرعية المبثوثة في الكتب الفقهية ذات الصلة بالعرف، والنظرُ في مواكبتها للظرف والزمان المعاصرين**، فقد رأينا كثيراً من الأعراف تصادم مقاصد كليةً للتشريع، وتهدم أساساً قصدت الشريعة إلى بنائه؛ فما يسود في بعض البلدان من حظر المؤاكلة بين الأصهار، ومنع المجالسة بينهم، يفصم عرى المحبة ويقطع الرحم، ولا يحقق نتيجة ظاهرة، فليست مصادمة هذا العرف خارمة للمروءة، ولا قادحة في العدالة في عصرنا الحاضر، بل دواعي نقض هذه العادات

وتغييرها قائمة، وما كان عليه الصحابة والسلف مسوِّغٌ لذلك النقض، وداعٍ للتغيير.

**وبعـــــد:**

فآمُلُ أن أكون وُفقت في بيان ما أردت بيانه، وإتمام ما حاولت تشييده وبنيانه، والله من وراء القصد وهو المستعان، وأقول:

**لـكَ الحـمـدُ في كـلِّ مـا نـعـمـةٍ**
**إلهي تـبـاركـتَ مـا أكـرمَـكْ**
**لك الحـمـدُ والشكـرُ حتى الـرضـا**
**وبعـد الرضـا الحمـدُ والشكـرُ لَـكْ**

واللهَ أسأل أن يتقبل هذا العمل، وينفع به من قرأه أو حصَّله أو سعى في شيءٍ منه، والحمد لله الذي بنعمته وجلاله تتم الصالحات، وحسبنا الله ونعم الوكيل، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

* * *

# مصادر البحث ومراجعه

١- القرآن الكريم.

٢- ابـن حنبل حياتـه وعصره، آراؤه وفقهـه، للإمام محمد أبـو زهرة، دار الفكر مصر.

٣- الإبهـاج في شرح المنهـاج للسـبكيين: تقـي الدين علي بـن عبد الكافي، وولـده تـاج الديـن، دار البحـوث للدراسـات الإسـلامية وإحيـاء التراث بدبي، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

٤- الأحكام السـلطانية للماوردي، طبعة المجمع العلمي بغداد، ١٤٢٢هـ -٢٠٠١م.

٥- أحـكام القـرآن للجصـاص، دار إحيـاء التراث بـيروت، ١٤١٢هـ- ١٩٩٢م.

٦- أحـكام القـرآن، لابـن الفـرس، دار ابـن حـزم، ط١، ١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م.

٧- أحـكام القرآن، لأبي بكـر محمد بن عبد الله المعـروف بابن العربي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.

٨- الإحـكام في أصـول الأحـكام للآمـدي، دار الكتـاب العـربي، ط٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٩- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، للإمام القرافي، دار البشائر الإسلامية، ط ٢، ١٤٧٦هـ - ١٩٩٦م.

١٠- إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الفكر ، بيروت، ط ١، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

١١- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، لابن عبد البر النمري القرطبي، تحقيق: سالم محمد عطا-محمد علي معوض دار الكتب العلمية - بيروت -، ط١، ٢٠٠٠م.

١٢- الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الفكر، تصوير عن الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

١٣- الأشباه والنظائر للسيوطي، دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

١٤- أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، لمحمد الأمين بن المختار الجكني الشنقيطي. ، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

١٥- الأعراف البشرية في ميزان الشريعة الإسلامية، د: عمر سليمان عبد الله الأشقر، دار النفائس، ط ١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

١٦- إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، دار الفكر لبنان، ط٢، ١٣٩٧هـ -١٩٧٧م.

١٧- الاقتراح في بيان الاصطلاح لابن دقيق العيد، دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

١٨- إكمال الإعلام بتثليث الكلام لابن مالك، مكتبة المدني، ط١، ١٤٠٤هـ -١٩٨٤م.

١٩- إكمال الإكمال على مسلم للأبي،دار ابن كثير، دار القلم، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٢٠- إكمال المعلم للقاضي عياض، دار الوفاء بمصر، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٢١- أمالي الدلالات ومجالي الاختلافات للشيخ عبد الله بن بيه، دار المنهاج، ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م.

٢٢- إيصال السالك إلى أصول الإمام مالك للولاتي، مكتبة المعارف المتحدة،ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٢٣- بذل المجهود في حل سنن أبي داود للسهارنفوري، مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية الهند، ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٢٤- البهجة في شرح التحفة لأبي الحسن التسولي، دار الرشاد الحديثة، ١٤١٢هـ - ١٩٩١م.

٢٥- تاج العروس للزبيدي، دار الفكر، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.

٢٦- التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله المواق، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ.

٢٧- تبصرة الحكام لابن فرحون، مكتبة الكليات الأزهرية، ط١، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م.

٢٨- التبيان في تفسير القرآن لابن الهائم، دار الغرب الإسلامي، ط١، ٢٠٠٣م.

٢٩- تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس للوزاني، وزارة الأوقاف المغربية، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠١م.

٣٠- تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، لعمر بن علي بن أحمد الوادياشي الأندلسي، دار حراء، مكة المكرمة، ط١، ١٤٠٦هـ.

٣١- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك للقاضي عياض، وزارة الأوقاف المغربية، ط٢، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

٣٢- التعريفات للجرجاني، دار الكتاب العربي بيروت، ط٢، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

٣٣- التقرير والتحرير في علم الأصول لابن أمير الحاج، دار الفكر، بيروت، ١٤١٧هـ- ١٩٩٦م.

٣٤- التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي، طبع وزارة الأوقاف المغربية، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٣٥- تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول للقرافي، دار الفكر، ط١، ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م.

٣٦- تنوير العقول بمعرفة مسائل من مهمات الأصول للدكتور محمد بن سيد محمد بن مولاي، دار ابن حزم، ط١، ١٤٢٧هـ -٢٠٠٦م.

٣٧- الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لصالح عبد السميع الآبي الأزهري، المكتبة الثقافية ، بيروت.

٣٨- جامع الأمهات لابن الحاجب، اليمانية للطباعة والنشر، ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٣٩- الجامع الصحيح سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى أبي عيسى الترمذي السلمي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت .

٤٠- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، صورة عن طبعة دار الكتب.

٤١- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمختصر خليل، دار الفكر، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة.

٤٢- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لعلي الصعيدي العدوي المالكي، دار الفكر ، بيروت ،١٤١٢.

٤٣- الدليل الماهر الناصح بشرح المجاز الواضح في قواعد المذهب الراجح، للعلامة محمد يحيى الولاتي الشنقيطي،دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٤٤- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لابن فرحون، دار التراث القاهرة.

٤٥- الذخيرة للقرافي دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤م.

٤٦- الروض الأنف للسهيلي، طبعة الجمالية بمصر، ١٣٣٢هـ - ١٩١٤م.

٤٧- سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد أبي عبدالله القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر - بيروت -.

٤٨- سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث أبي داود السجستاني الأزدي، محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر .

٤٩- شرح البخاري للكرماني، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط٢، ١٤١٩هـ - ١٩٨١م.

٥٠- شرح ابن النجار للكوكب المنير، مكتبة العبيكان، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٥١- شرح الخرشي لمختصر خليل دار الفكر، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة.

٥٢- شرح الزرقاني للموطأ، دار الكتب العلمية، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.

٥٣- شرح المعالم في أصول الفقه، لعبد الله بن محمد بن علي شرف الدين أبي محمد الفهري المقري المعروف بابن التلمساني، عالم الكتب، ط ١، ١٤١٩هـ- ١٩٩٩م.

٥٤- شرح المنجور للمنهج المنتخب دار عبد الله الشنقيطي بالمدينة.

٥٥- شرح زروق لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م.

٥٦- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تأليف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب - بيروت - ، ط٢، ١٩٩٦م.

٥٧- شرح ميارة لتحفة الحكام دار الكتب العلمية - بيروت - ط١، ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م.

٥٨- الصحاح للجوهري، دار العلم للملايين، ط٤، ١٩٩٠م.

٥٩- صحيح البخاري، تحقيق: البغا، دار ابن كثير، ط٥، ١٤١٤هـ- ١٩٩٣م.

٦٠- صحيح مسلم تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت.

٦١- العرف والعادة في رأي الفقهاء، أ. د: أحمد فهمي أبو سنة، دار النشر غير مبينة، ط ٢، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م،.

٦٢- العرف والعمل في المذهب المالكي، د. عمر عبد الكريم الجيدي، مطبعة فضالة المغرب، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٦٣- العرف: حجيته وأثره في المعاملات المالية عند الحنابلة، عادل بن محمد بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، المكتبة المكية، ط ١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٦٤- العقد المنظوم في الخصوص والعموم، للقرافي، وزارة الأوقاف المغربية، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

٦٥- العواصم من القواصم لابن العربي، تحقيق: د. عمار الطالبي، دار الثقافة الدوحة، ط ١، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

٦٦- غريب الحديث للخطابي، دار الفكر، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

٦٧- فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م.

٦٨- الفتوحات الربانية شرح الأذكار النووية، لمحمد بن علان الصديقي، دار الفكر بيروت، ١٤٢٥-١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٦٩- الفروق للقرافي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٧٠- فقه إمام الحرمين للدكتور عبد العظيم الديب، دار إحياء التراث الإسلامي الدوحة، ط١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٧١- الفكر السامي للحجوي، دار التراث القاهرة.

٧٢- فلسفة التشريع في الإسلام، للدكتور صبحي محمصاني، دار العلم للملايين، ط٤.

٧٣- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، دار الفكر - بيروت - ١٤١٥هـ.

٧٤- قواعد الأحكام في مصالح الأنام لابن عبد السلام، دار الشروق القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

٧٥- القوانين الفقهية لابن جزي، عالم الفكر، ط١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٧٦- الكافي في فقه أهل المدينة، لا بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية - بيروت - ط١، ١٤٠٧هـ.

٧٧- الكامل في اللغة والأدب للمبرد، دار الفكر العربي مصر، ط ٣، ١٩٩٧م.

٧٨- كتاب القبس في شرح موطأ مالك بن أنس لابن العربي، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٢م.

٧٩- لباب المحصول في علم الأصول لابن رشيق المالكي، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث بدبي، ط١، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

٨٠- لسان العرب لابن منظور، مؤسسة التاريخ العربي، ط٣، ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م.

٨١- مالك: حياته وعصره، آراؤه وفقهه، للشيخ محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ط٢، بدون تاريخ.

٨٢- مباحث في المذهب المالكي في المغرب، د. عمر الجيدي، مطبعة المعارف الجديدة، ط ١، ١٩٩٣م.

٨٣- المبسوط السرخسي، دار المعرفة بيروت، ١٤٠٩هـ -١٩٨٩م.

٨٤- المجتبى من السنن، لأحمد بن شعيب أبي عبد الرحمن النسائي، تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب -، ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٨٥- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لعلي بن أبي بكر الهيثمي، دار الريان للتراث/ دار الكتاب العربي - القاهرة، بيروت -١٤٠٧ هـ.

٨٦- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لأبي محمد عبد الحق ابن عطية الأندلسي، دار ابن حزم، ط ١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.

٨٧- المحكم والمحيط الأعظم، لعلي بن إسماعيل بن سيده المرسي معهد المخطوطات بجامعة الدول العربية، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.

٨٨-المحكم والمحيط الأعظم، لعلي بن إسماعيل بن سيده المرسي، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠م.

٨٩- مختصر خليل لخليل بن إسحاق بن موسى المالكي، دار الفكر - بيروت- ١٤١٥هـ.

٩٠- المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم دمشق، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.

٩١- المدونة الكبرى، للإمام مالك بن أنس، دار صادر - بيروت.

٩٢- مذكرة أصول الفقه لمحمد الأمين الشنقيطي، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٩٣- المرافق على الموافق للشيخ ماء العينين الشنقيطي، دار ابن القيم السعودية، ودار ابن عفان المصرية، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٩٤-المسالك في شرح موطأ مالك للقاضي أبي بكر بن العربي، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٩٥- المستدرك على الصحيحين، للحاكم النيسابوري، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - بيروت ، ط١، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م، .

٩٦- مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة - مصر.

٩٧- مشارق الأنوار على صحاح الآثار، للقاضي أبي الفضل عياض المالكي، المكتبة العتيقة ودار التراث.

٩٨- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، للشربيني، دار الفكر - بيروت.

٩٩- المغني لابن قدامة، دار المنار، ١٣٦٧م.

١٠٠- مفردات ألفاظ القرآن للراغب الأصفهاني، المكتبة العصرية بيروت، ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

١٠١- المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم لأبي العباس القرطبي، دار ابن كثير ودار الكلم الطيب، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

١٠٢- مقاصد الشريعة الإسلامية الشيخ محمد الطاهر بن عاشور، ط ٢، ١٤٢١ هـ - ٢٠٠١م.

١٠٣- مقاييس اللغة لابن فارس، طبعة الحلبي، ط٣، ١٤٠٠هـ - ١٩٩٣م.

١٠٤- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك بن أنس رحمه الله، للباجي، دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة ولا تاريخها.

١٠٥- منح الجليل على مختصر خليل لعليش، دار صادر، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة.

١٠٦- الموافقات للشاطبي: دار المعرفة، ط ١، ١٤١٥هـ- ١٩٩٤م.

١٠٧- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، للحطاب، دار الفكر - بيروت - ط٢، ١٣٩٨هـ.

١٠٨- موطأ الإمام مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - مصر.

١٠٩- نشر البنود شرح مراقي السعود لسيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم العلوي، تحقيق: محمد الأمين بن محمد بيب، ط١، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م

١١٠- نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ( ضمن مجموعة رسائل ابن عابدين)، دار إحياءالتراث العربي بيروت، بدون تاريخ ولا رقم للطبعة.

١١١- نظم بوطليحية للنابغة الغلاوي تحقيق: د. يحيى ابن البرا، المكتبة المكية ومؤسسة الريان بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ- ٢٠٠٢م.

١١٢- النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير، المكتبة العلمية بيروت، بدون رقم الطبعة، أو تاريخها.

١١٣- نيل السول على مرتقى الوصول للعلامة محمد يحيى الولاتي، دار علم الكتب الرياض، ١٤١٢هـ.

❋ ❋ ❋

# فهرس الموضوعات

**افتتاحية** ........................................ ٥
**المقدمة** ........................................ ٧
**توطـئة** ........................................ ١٩
أوَّلاً: تعريف العرف لغة ........................................ ١٩
- العرف اصطلاحاً ........................................ ٢١
ثانياً: علاقة العرف بالعادة والعمل ........................................ ٢٥
ثالثاً: أقسام العرف ........................................ ٣٠
**المبحث الأول: اعتماد العرف في أصول المذهب المالكي: الضوابط والمجالات** ........................................ ٣٥
**المطلب الأول: اعتمادُ العرف في أصول المذهب المالكي** ...... ٣٧
تمهيد ........................................ ٣٩
الفرع الأول: جعل العرف أصلاً من أصول المذهب ........ ٤٥
الفرع الثاني: أدلة جعل العرف أصلاً من أصول المذهب المالكي ........................................ ٥٣
الفرع الثالث: موقف المذاهب الأخرى من العرف .......... ٦٨
**المطلب الثاني: ضوابط اعتماد العرف، ومجالات تحكيمه**...... ٧٧
الفرع الأول: ضوابط اعتماد العرف ........................................ ٧٩
أ- أن لا يخالف نصاً شرعياً أو قاعدةً مطلقةً ........................................ ٧٩

ب – أن يكون العرف مطرِداً أو غالباً .................................. ٨٣
جـ – أن يكون العرف سابقاً للنازلة المراد تحكيمه فيها ..... ٨٦
د – أن لا يصرح المتعاقدان بخلافه ..................................... ٨٧
الفرع الثاني: مجالات اعتماد العرف .................................. ٨٩
**المبحث الثاني: إعمال العرف في الأحكام والفتاوى وتأسيسهما عليه** .................................................... ٩١
**المطلب الأول: إعمال العرف في الأحكام والفتاوى والقضاء به على ظواهر الألفاظ** .................................. ٩٣
تمهيد ............................................................................ ٩٥
الفرع الأول:التخصيص بالعرف .................................. ١٠٣
الفرع الثاني:التقييد بالعرف ......................................... ١٠٦
الفرع الثالث: تبيين المجمل بالعرف ................................ ١٠٨
**المطلب الثاني: تأسيس الأحكام والفتاوى على العرف، والترجيح به** .................................................... ١١١
الفرع الأول: تأسيس الفتاوى والأحكام على العرف ...... ١١٣
– تغير الأحكام بتغير الأعراف ....................................... ١١٩
– حكم تغير الأحكام بتغير العرف ................................ ١٢٨
الفرع الثاني: الترجيح بالعرف وشهادته في الأحكام والفتاوى.................................................................. ١٣٤

**المبحث الثالث: إعمال العرف في التصرفات، والردِّ إليه في الأحكام والفتاوى الفقهية** ........................ ١٤٣
**المطلب الأول: إعمال العرف في التصرفات وصيغ العقود** ١٤٥
تمهيد ........................................ ١٤٧
الفرع الأول: قيام العرف مقام اللفظ ........................ ١٤٨
أ- قيام العرف مقام اللفظ في التعبير عن الرضا في النكاح ١٤٨
ب- قيام العرف مقام اللفظ في التعبير عن الرضا في عقود المعاوضات ........................................ ١٤٩
ج- قيام العرف مقام اللفظ في الإنابة في التضحية ............ ١٥٠
د- قيام العرف مقام اللفظ في الوصية على الأيتام ............ ١٥١
هـ- قيام العرف مقام اللفظ في الوكالة والشركة ............ ١٥١
الفرع الثاني: إقامة العرف مقام النية ........................ ١٥٤
الفرع الثالث: إقامة العرف مقام الشرط ........................ ١٥٥
**المطلب الثاني: إعمال العرف في الرد إليه، والتقدير به في الأحكام والفتاوى** ........................ ١٥٩
تمهيد ........................................ ١٦١
الفرع الأول: الرد إلى العرف والتقدير به في العبادات ...... ١٦٤
الفرع الثاني: الرد إلى العرف والتقدير به في الأحوال الشخصية ........................................ ١٦٧

| | |
|---|---|
| الفرع الثالث: الرد إلى العرف والتقدير به في المعاملات .... | ١٧٠ |
| **الخاتمـــة** ........................................................................ | ١٧٣ |
| **مصادر البحث ومراجعه** ....................................................... | ١٨١ |
| **فهرس الموضوعات** ............................................................. | ١٩٥ |

❊ ❊ ❊